Das kaufmännische Bestätigungsschreiben.

Seine Rechtsnatur und Behandlung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Walter Weidner,

Referendar aus Frielendorf, Bez. Kassel.

Marburg 1934

Druckerei Bauer

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
angenommen am 12. Januar 1934.
Berichterstatter: Geh. Just.-Rat Prof. Dr. Manigk.

Inhaltsverzeichnis.

A) Bestätigungsschreiben und Rechtstatsachenforschung. Seite

§ 1: Bestätigungsschreiben und Gesetz 1

§ 2: Kennzeichnung der Arten von Bestätigungsschreiben und deren Begriffsbestimmung. Echte und unechte Bestätigungsschreiben. Themenstellung 2

B) Das deklaratorische Bestätigungsschreiben.

§ 3: Die praktische Bedeutung der deklaratorischen Bestätigungsschreiben 7

§ 4: Das deklaratorische Bestätigungsschreiben als Beweisurkunde im Prozeß 8

§ 5: Die Vollständigkeits- und Richtigkeitsvermutung 10

C) Das konstitutive Bestätigungsschreiben.

§ 6: Die Zweckbestimmung konstitutiver Bestätigungsschreiben . . . 14

§ 7: Grenzziehung zwischen deklaratorischen konstitutiven Bestätigungsschreiben 14

D) Die rechtliche Beurteilung des konstitutiven Bestätigungsschreibens.

§ 8: Das konstitutive Bestätigungsschreiben als Antrag zu einem Bestätigungsvertrag 19

§ 9: Die Annahme des Bestätigungsantrages und deren Rückwirkung auf den ursprünglich abgeschlossenen Vertrag 21

E) Das Schweigen auf ein konstitutives Bestätigungsschreiben.

§ 10: Allgemeines über die Bedeutung des Schweigens im Rechtsleben und in der Verkehrssitte 25

§ 11: Sachliche Voraussetzungen für die Zustimmungswirkung des Schweigens 26

§ 12: Kritik des Schrifttums, das sich mit der rechtlichen Würdigung des Schweigens auf ein Bestätigungsschreiben befaßt 27

§ 13: Der legale Begriff der Willenserklärung. Die Lehre über die Zurechnung. Die ungewollte Willenserklärung 33

§ 14: Versuch, die Zustimmungswirkung des Schweigens mit den Regeln über die ungewollte Willenserklärung zu begründen . . 36

§ 15: Das Schweigen als typischer Erklärungsakt mit normierter Zustimmungswirkung. Die typisierende Kraft der Verkehrssitte. Die Abhängigkeit der Zustimmungswirkung von einer Schuld des Empfängers 39

§ 16: Die Frage der Anfechtbarkeit des Schweigens, wenn es vorsätzlich zum Zwecke der Kundgabe der Einwilligungsabsicht erfolgt . 49

§ 17: Mängel des ursprünglichen Vertrages und ihre Beseitigung durch den Bestätigungsvertrag 54

F) Das unechte Bestätigungsschreiben in seiner Wirkung zum Vertragsschluß.

§ 18: Das Bestätigungsschreiben als Vertragsofferte im Sinne der §§ 145 ff. BGB. 57

§ 19: Die Bedeutung des Schweigens bei unechten Bestätigungsschreiben 58

Schrifttum.

I. Lehrbücher, Kommentar, Einzelschriften, Aufsätze:

I. Lehrbücher, Kommentare, Einzelschriften, Aufsätze:
Apt: Gutachten der Aeltesten der Kaufmannschaft von Berlin über Gebräuche im Handelsverkehr, 3 Bände, Berlin, 1907, 1910, 1914.
Baumbach: Handelsgesetzbuch, Liebmanns Kurzkommentare, Bd. 9, Berlin, 1932.
Becker: „Bestätigungsschreiben" in Recht und Handel 1927.
Brodmann: Die Handelsgeschäfte: Allgemeine Grundsätze; in Ehrenbergs Handbuch, Bd. 4, Abt. II, S. 1 ff., Berlin, Leipzig 1918.
Cosack, Konrad: Lehrbuch des Handelsrechts. Stuttgart, 1930.
Danz, Erich: Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. Jena, 1906.
— — Zur Willens- und Erklärungstheorie des BGB. DJZ. 1906, S. 1276 ff.
Dove-Meyerstein: Gutachten über Handelsbräuche, 3 Bände. Berlin, 1907, 1912, 1926.
Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch (Kommentar), Bd. 4, 3. Auflage. Mannheim, Berlin, Leipzig, 1932.
Ehrlich: Die stillschweigende Willenserklärung. Berlin, 1893.
Friedenthal, Felix: Das kaufmännische Bestätigungsschreiben, Bd. 21 aus der Reihe: Rechtsfragen der Praxis. Berlin, 1929.
v. Gierke, Julius: Handelsrecht, Lehrbuch, 3. Auflage. Berlin, 1929.
Hildebrand: Erklärungshaftung; Berlin, Leipzig, 1931.
Jakobsohn: Schweigen im Handelsverkehr, Bankarchiv, Bd. 3, S. 179.
Jakobsohn, Adolf: Anfechtung stillschweigender Willenserklärungen wegen Irrtums. Iherings Jahrb., Bd. 56, S. 329.
Jacobi, Ernst: Die Theorie der Willenserklärung. München, 1910.
Jadesohn: Die Bedeutung der Bestätigungsschreiben. Deutsche Wirtschaftszeitung, 1927, S. 350.
Keilhauer: Ueber die rechtliche Bedeutung von Bestätigungsschreiben. Erlanger Diss., 1914.
Koenige-Teichmann-Koehler: Handausgabe des Handelsgesetzbuches. Mannheim, 1932.
Kommentar der Reichsgerichtsräte, Bd. 1. Berlin, Leipzig, 1929.
Krause, Hermann: Schweigen im Rechtsverkehr. Erschienen in der Reihe: Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht. Marburg, 1933.

Laband: Die Handelsusancen. Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 17, S. 466ff.
Lehmann-Ring: Das Handelsgesetzbuch, Bd. 2. Berlin, 1901.
Leonhard, Franz: Die Beweislast. Berlin, 1904.
Leist: Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung. Arch. Ziv. Pr., Bd. 102, 215.
Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft. Berlin, 1907.
— — Irrtum und Auslegung. Berlin, 1918.
— — Die Revisibilität der Auslegung von Willenserklärungen, in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Bd. 6, S. 81ff. Berlin, Leipzig, 1929.
— — Stillschweigend bewirkte Vollmachten im Handelsrecht, in Beiträge zum Wirtsch. Recht. Marburg, 1931.
— — Das System der juristischen Handlungen im neusten Schrifttum. Iherings Jahrb., Bd. 83, S. 1ff.
Makower: Handelsgesetzbuch mit Kommentar. Berlin, 1907.
Neufeld-Schwarz: Handelsggesetzbuch, Kommentar. Berlin, 1931.
Oertmann: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, allgem. Teil; 3. Auflagge. Berlin, 1927.
— — Rechtsordnung und Verkehrssitte. Leipzig, 1914.
— — Bemerkungen über die Bedeutung des Schweigens im Handelsverkehr. Zentralblatt für Handelsrecht, Bd. 1 (1926), S. 7ff.
Ritter, Carl: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. München, 1932.
v. Seefried: Das kaufmännische Bestätigungsschreiben. Erlanger Diss. 1922. (Maschinenschrift).
Siegel: Die privatrechtlichen Funktionen der Urkunde. Arch. Ziv. Pr., Bd. 111, S. 1ff.
Siller: Das kaufmännische Bestätigungsschreiben, Juristische Rundschau 1927, S. 289ff.
Stengel, Albert: Ueber die Bedeutung von Bestätigungsschreiben beim Vertragsschluß. Göttinger Diss. 1926.
Staudinger-Riezler: J. v. Staudingers Kommentar zum BGB, Bd. 1, allgem. Teil, 9. Auflage. München, Berlin, Leipzig, 1925.
Staub-Pinner-Bondi-Gadow-Heinichen: Staubs Kommentar zum Handelsggesetzbuch, 3. Band, §§ 343—375, 14. Auflage. Berlin, Leipzig, 1933.
Stern: Das kaufmännische Bestätigungsschreiben mit besonderer Berücksichtigung der Gerichtspraxis. Heidelberger Diss. 1923. (Maschinenschrift).
— — Stillschweigen bei sich kreuzenden Bestätigungsschreiben. D. J. Z. 1923, S. 165.
v. Tuhr: Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 2 Bände. Leipzig, 1910.
Titze, Heinrich: Die Lehre vom Mißverständnis. Berlin, 1910.
Wellspacher, Moritz: Das Vertrauen auf äußere Tatbestände. Wien, 1906.

II. Zeitschriften:

Bank-Arch. = Bank-Archiv, Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen.
DJZ = Deutsche Juristenzeitung.
Gruch. = Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot.
Holdh. = Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht, Bankwesen, Steuer- und Stempelfragen.
Jher. Jahrb. = Jherings Jahrbücher für Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
JW = Juristische Wochenschrift.
Jur. Rdsch. = Juristische Rundschau.
LZ = Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.
Recht = „Das Recht". Juristisches Zentralblatt für Praktiker, herausgegeben von Soergel.
Seuff. Arch. = Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Z. Bl. H. R. = Zentralblatt für Handelsrecht.
ZHR = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht.

III. Entscheidungssammlungen.

RG = Entscheidungssammlung des Reichsgerichts in Zivilsachen.
OLG = Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
ROHG = Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Kaufm. = Handelsrechtliche Rechtsprechung, herausgegeben von E. Kaufmann.
Soergel = Soergels Rechtsprechung, Jahrb. d. Zivilrechts.

A) Bestätigungsschreiben und Rechtstatsachenforschung.

§ 1.

Das Wort „Bestätigungsschreiben" ist der Sprache unserer Gesetze fremd. Man sucht vergeblich nach einem Paragraphen, der über B. Schr.[1]) etwas aussagt. Wohl findet sich verschiedentlich im Bürgerlichen Gesetzbuch die Bezeichnung „Bestätigung" oder „bestätigen", wie z. B. in den §§ 141, 144, 1325, 1741 und 2284. In den Fällen, wo das Gesetz diese Ausdrücke verwendet, sind die Wirkungen der jeweiligen „Bestätigung" so genau gekennzeichnet, daß die Herausschälung des Begriffes einer solchen Bestätigung keinerlei Schwierigkeiten bereitet. So kann man an Hand des Gesetzes leicht erkennen, was in den oben angeführten §§ unter Bestätigung zu verstehen ist: nämlich die Erklärung des Willens, daß ein vorgenommenes nichtiges, anfechtbares oder zustimmungsbedürftiges Rechtsgeschäft voll gültig sein solle.[2]) — Anders liegen die Umstände bei den kaufmännischen B. Schr. Bei ihnen mangelt es an jeglicher gesetzlicher Grundlage. Die Herausstellung des Begriffes eines B. Schr. ist daher erheblich erschwert. Klarheit über den Begriff ist aber erste Voraussetzung für eine Darstellung der rechtlichen Behandlung der kaufmännischen B. Schr. Ihn zu ermitteln sei zunächst versucht.

Bei den B. Schr. handelt es sich um eine Erscheinung des kaufmännischen Verkehrs. Weil der Richter durch § 346 HGB gezwungen ist, auf die im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen, kann er an den B. Schr. nicht vorübergehen, ohne ihnen rechtliche Beachtung zu schenken. So wurde es Aufgabe der Rechtswissenschaft, um deren Lösung sich vor allem die höchsten Gerichte verdient gemacht haben, die unter Kaufleuten mannigfaltig vorkommenden Arten von B. Schr. aufzufinden und deren Bedeutung und Behandlung zu erforschen. Hierbei waren insbesondere die Erkenntnisse über die tatsächliche Bedeutung solcher Schreiben von ausschlaggebender Wichtigkeit. Gerade von der Frage, welchem Zwecke sie im kaufmännischen Leben dienen sollen, ist ihre verschiedenartige rechtliche Behandlung abhängig.

---

1) B. Schr. = Bestätigungsschreiben.

2) Vgl. Siller, Jur. Rdsch. 1927, S. 290; R.G.R.-Kom., § 141, 1; Lewin, S. 1; Beckmann, S. 3.

§ 2.

In der folgenden Darstellung sollen, wie das Thema bereits ausdrückt, nur die kaufmännischen B. Schr. Beachtung finden. Damit ist stillschweigend gesagt, daß auch „gewöhnliche" B. Schr. im Rechtsverkehr nicht unbekannt sind. Was man unter gewöhnlichen B. Schr. versteht, ist äußerst umstritten.[3]) Auf diese Fragen hier einzugehen, erscheint nicht angebracht. Kaufmännische B. Schr. sind jedenfalls solche, die im Geschäftsverkehr unter Kaufleuten zugesandt werden. Lewin bestreitet dies.[4]) Er rechnet zu den kaufmännischen B. Schr. nur solche mit vertragserzeugender Wirkung, bezeichnet aber Schreiben mit nur bekundender Kraft als gewöhnliche B. Schr. Seine Ansicht hat aber weder Berechtigung, noch wird sie von ihm selbst scharf durchgeführt. Es muß u. E. daran festgehalten werden, daß kaufmännische B. Schr. solche sind, die in ihrer Bedeutung auf den Berufskreis der Kaufleute im Sinne des HGB beschränkt sind.[5]) Nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen wirkt ein B. Schr. auch Nichtkaufleuten gegenüber, insbesondere dann, wenn sich ein Nicht-Kaufmann wie ein Kaufmann geriert.

Man wird nun glauben, daß das Wort „Bestätigung", dessen natürlicher Sinn vorausgesetzt werden kann, den rechten Weg für die Ermittlung des Begriffes weisen kann. Dies ist jedoch nicht uneingeschränkt richtig. Wenn zwei Kaufleute bereits einen Vertrag geschlossen haben, sei es unter Anwesenden, telefonisch, telegrafisch oder durch Vertreter, paßt die Bezeichnung. Dann soll in dem auf den Vertragsschluß folgenden Schreiben sowohl die Tatsache des Abschlusses, wie auch der Inhalt des Vertrages dem Gegner „bestätigt" werden.[6]) Merkwürdigerweise kommt aber der Ausdruck B. Schr. auch dann vor, wenn noch gar nichts vorhanden ist, was bestätigt werden kann.[7]) Man nennt z. B. einen Brief ein B. Schr., den ein Kaufmann nach bisher ergebnislosen Verhandlungen seinem Gegner zuschickt, in welchem er ihm mitteilt, daß er gewillt ist, den Vertrag mit ihm einzugehen und unter welchen Bedingungen.[8]) Was sollte hier bestätigt werden? Gewiß nicht die Tatsache, daß schon verhandelt worden ist oder daß die Parteien in Geschäftsverbindung stehen. In Wirklichkeit handelt es sich bei solchen Schreiben um eine Vertragsofferte, die nach den Regeln des bürgerlichen Rechts angenommen werden kann. Sie bieten also — grundsätzlich wenigstens[9]) — keine Besonderheiten in ihrer rechtlichen Behandlung. Desgleichen findet man die schriftliche Annahme eines Vertragsantrages als B. Schr. bezeichnet.[10]) — Es ist bedauerlich, daß

3) Lewin, S. 1.
4) Lewin, a. a. O.
5) Beckmann, S. 2.
6) vgl. unten S. 3 ff.
7) Düringer-Hachenburg, § 346, Anm. 13.
8) Dür.-Hachb. a. a. O.; Staub-Pinner-Bondi, § 372 Anhang, Anm. 38 a; Staudinger (1925), § 146, 3; Lewin, S. 2; R.G. 90, 136.
9) Ueber Ausnahmen vgl. unten S. 57 ff.
10) Dür.-Hachb. a. a. O.; Staub-Pinner-Bondi a. a. O.; Staudinger a. a. O.; Oertmann, § 154, 3 b; Stengel, S. 6 ff.; Keilhauer, S. 3 ff.

auch in solchen Fällen von einem B. Schr. gesprochen wird, führt doch diese schiefe Bezeichnung leicht zu Irrtümern und Mißverständnissen, wie noch zu zeigen ist. Vorliegende Arbeit soll sich allein mit solchen B. Schr. befassen, die wirklich eine Bestätigung enthalten, nämlich die Bestätigung eines bereits von den Parteien zum Abschluß gebrachten Vertrages. Um die Kennzeichnung solcher B. Schr. im folgenden scharf durchzuführen, sollen die Bestätigungen nach Vertragsschluß „echte B. Schr." genannt werden, diejenigen aber, die erst einen Vertrag zustande bringen sollen, verdienen die Bezeichnung „unechte B. Schr.". Auf die unechten B. Schr. soll hier nur insoweit eingegangen werden, als die Rechtsgrundsätze über die echten aus noch zu erörternden Gründen auf sie ausgedehnt wurden.[11])

Im Interesse der Klarheit ist es aber angebracht, sowohl die echten als auch die unechten B. Schr. aufzuzeigen und zusammenzustellen. Wie schon erwähnt, muß man alle die Schreiben, die man im Schrifttum unter dem Sammelnamen „B. Schr." zusammenfaßt, in zwei große Gruppen einteilen:

1. in echte B. Schr., die nach vorausgegangenem Vertragsschluß verfaßt und zugesandt werden;
2. in unechte B. Schr., deren Zusendung erst zu einer vertraglichen Bindung führen soll.[12])

Innerhalb der ersten Gruppe von B. Schr. hat man zwei Arten zu unterscheiden, dem Zwecke entsprechend, dem sie dienen sollen:

a) Hier sind zunächst solche B. Schr. zu nennen, die den vorher zum Abschluß gebrachten Vertrag in allen Punkten bestätigen und denen die Wirkung einer beweiserbringenden Urkunde zukommt.[13]) Sie enthalten also eine Fixierung des gesamten Vertragsinhaltes. Diesen sollen sie beweisen, aber den vorher geschlossenen Vertrag und dessen Inhalt nicht in Frage stellen. Man nennt sie deshalb, da ihnen nur rechtsbekundende Bedeutung zukommt, deklaratorische oder rechtbekundende B. Schr. Wann solche deklaratorische B. Schr. zugesandt werden und welche Bedeutung sie im Prozeß als Beweismittel haben, ist später zu erörtern.

b) Zum Unterschied zu diesen deklaratorischen B. Schr. gibt es solche mit rechtsbegründender (konstitutiver) Kraft. Auch sie enthalten grundsätzlich eine eindeutige und vollständige Festlegung des Vertragsinhaltes. Aber ihre ausdrückliche Annahme oder ein ihr rechtlich gleichwertiger Vorgang bedingt u. U. Aenderung des vorher abgeschlossenen Vertrages: nämlich dann, wenn das B. Schr. Abweichungen vom vorher Vereinbarten enthält. Dies ergibt sich aus der Zweckbestimmung solcher Schreiben. Mit ihnen — und mit ihnen allein — soll der vorher geschlossene Vertrag bewiesen werden. Auf das ursprünglich Verabredete soll nicht mehr zu-

---

11) vgl. unten S. 57.

12) Beckmann, S. 3.

13) Siller, S. 290; Beckmann, S. 3; Lewin, S. 7; Dür-Hachb. a. a. O.; Staub-Pinner a. a. O.; Oertmann § 154, 3 d; Krause, S. 7; R.G. in Bd. 104, 202; Recht 1918, Nr. 661; 1923, Nr. 172; D. J. Z., 1905, 17; 1907, 1384; Warn., 1910, S. 179; Seuff. Arch. 73, S. 150; 80, S. 137; OLG. 2, 28; LZ. 1917, S. 853.

rückgegriffen werden dürfen. Weil aber nun mittels des Schreibens der ursprüngliche Vertrag nur so bewiesen werden kann, wie ihn das B. Schr. kundgibt, kommt dem B. Schr. rechtserzeugende Kraft zu. Denn das Schreiben ist ja eine „endgültige, jeden Gegenbeweis ausschließende Feststellung des Vertragsinhaltes." [14]) Darin liegt die Besonderheit gegenüber den oben gekennzeichneten deklaratorischen B. Schr.

Der Wirkung nach kann ein solches rechtserzeugendes B. Schr. entweder vertragsändernd sein, wenn es Abweichungen von dem ehedem Vereinbarten enthält oder vertragsergänzend, wenn in ihm Nebenpunkte mitgeteilt werden, die einer Regelung durch die Parteien diesen vorbehalten geblieben waren. Vereinzelt ist versucht worden, insbes. von Staub-Koenige [15]), unter konstitutiven B. Schr. nur solche zu verstehen, bei denen ein Vertragsschluß noch nicht stattgefunden hat. Vielleicht weil sich die Parteien noch gar nicht geeinigt haben, weil ein Dissens vorliegt oder weil eine Partei irrtümlich die Einigung annimmt! B. Schr., die aber nach vorausgegangenem festen Vertragsschlusse zugesandt würden, hätten nur rechtsbekundende Bedeutung. Angesichts unzähliger Entscheidungen des Reichsgerichts, in denen auch B. Schr. nach Vertragsschluß eine rechtserzeugende Kraft zugebilligt wurde, ließ sich diese Auffassung nicht aufrecht erhalten. Sie wurde auch in der folgenden Auflage des Staub'schen Kommentars aufgegeben.[16]) Immerhin bedarf diese falsche, mit allem Nachdruck zu bekämpfende Auffassung noch einer Erwähnung, da sie auch in jüngster Zeit noch im Schrifttum, vor allem in wirtschaftswissenschaftlichen Abhandlungen, zu finden ist.[17]) Falsch ist auch die Annahme, daß nur solche Briefe B. Schr. sein könnten, die eine wortgetreue und vollständige Wiedergabe des ehedem Vereinbarten enthalte, wie dies einmal vom RG angenommen wurde.[18]) Auch wenn das B. Schr. inhaltlich nicht vollständig ist oder nicht mit dem vorher Vereinbarten identisch ist, trägt es die Merkmale, die für ein echtes rechtsbekundendes oder rechtserzeugendes B. Schr. als wesentlich zu nennen sind.[19])

Bemühen wir uns nunmehr um einen allen echten B. Schr. gemeinsamen Wesenszug, so ist folgendes festzustellen: Ein echtes B. Schr. ist die schriftliche Festlegung des gesamten Inhaltes eines zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrages, verbunden mit dem Zwecke, dem Gegner dadurch die eigne Auffassung von dem Vertrage kenntlich zu machen und ihm so eine Prüfung, ob wirkliche Einigung erfolgte, zu ermöglichen.

Nunmehr ist darzustellen, welche Arten von B. Schr. innerhalb der Gruppe, die oben unter der Bezeichnung „unechte B. Schr." zusammengefaßt

14) Krause, S. 8; Staub-Pinner a. a. O.; Dür.-Hachb. a. a. O.; Koenige-Teichmann, § 346, 46; Neufeld-Schwarz, § 346, 32 ff.; Lewin, S. 11ff.; Beckmann, S. 3; RG. 54, 181; 88, 260; 91, 347; 97, 191; 103, 405; 106, 333; 107, 349.

15) Staub-Koenige (1913) Exkurs zu § 372, Anm. 38.

16) Staub-Koenige (1927) § 273 Anhang, Anm. 38.

17) vgl. Jadesohn, Deutsche Wirtschaftszeitung 1927, S. 350; Becker, Recht u. Handel, Jahrg. 1927, S. 12; Der Kurzberichterstatter (Verlag Spaeth u. Linde), Jahrg, 1933 Nr. 15, S. 403.

18) Recht 1923, Nr. 114.

19) Siller, S. 290; Beckmann, S. 5.

wurden, zu nennen sind. Allen ist gemeinsam, daß sie, weil eine vertragliche Bindung noch nicht geschaffen wurde, auf Vertragsschluß abzielen.

a) Derartige B. Schr. werden oft zugesandt, wenn zwischen den Parteien bisher lediglich Vorverhandlungen stattgefunden haben. Auch in den Fällen, sind solche B. Briefe gebräuchlich, wenn zwei Kaufleute in Geschäftsverbindung stehen.[20]) Der Absender ist sich dabei der Tatsache des Nichtabschlusses voll bewußt. Die Schreiben enthalten sachlich die Kundgabe des Entschlusses und Darlegung der Bedingungen, unter welchen der Absender den Vertrag mit dem Empfänger einzugehen bereit ist. Es handelt sich also rechtlich gesehen um endgültige Vertragsofferten[21]), die in der Regel gemäß § 147, II BGB angenommen werden sollen.

b) Dann gibt es solche B. Schr., bei denen die absendende Partei oder auch beide Parteien irrtümlich im Glauben sind, daß sie den Vertrag schon zum Abschluß gebracht hätten. In Wirklichkeit ist dies aber nicht der Fall. Die gutgläubige Partei bestätigt nun dem Gegner den ihrer Meinung nach erfolgten Abschluß und die Bedingungen des vermeintlichen Vertrages. Juristisch betrachtet stellt auch in diesen Fällen das Schreiben einen endgültig präzisierten Vertragsantrag dar. Versucht man nun unter derartigen Schreiben eine weitere Untergruppierung vorzunehmen, so kann es nur geschehen unter Berücksichtigung der Gründe, woran das Zustandekommen des Vertrages scheiterte. Hier sind die verschiedensten Möglichkeiten denkbar, weshalb ein Vertrag nicht zustande kam und dennoch die eine Partei den Vertragsschluß irrtümlich annehmen konnte:

1. Der Vertrag wurde geschlossen durch einen vollmachtlosen Vertreter. Der nicht richtig vertretenen Partei wird vom Gegner der Abschluß bestätigt.[22])

2. Der Vertrag blieb ungeschlossen infolge Dissenses gemäß §§ 154, 155 BGB. Eine Partei bestätigt den nichtigen Vertrag.[23])

3. Ein Vertreter einer Firma teilt seinem Handelshause einen fingierten Auftrag mit, um sich höhere Provisionen zu erschleichen. Von dort aus wird der Auftrag dem Bezeichneten bestätigt.[24])

4. Ein Kaufmann verhört sich bei fernmündlichen Verhandlungen. Er versteht den Gegner dahin, daß dieser seinen Antrag annehme, während dieser ihn in Wirklichkeit ablehnt.

In all diesen Fällen ist die absendende Partei gutgläubig. Zum Unterschied von den unter a. verzeichneten Fällen! Dieser Gegensatz ist besonders bedeutungsvoll für die rechtliche Behandlung der unechten B. Schr. Hierauf ist an anderer Stelle einzugehen.[25])

c) Schließlich ist hier auch die schriftliche Annahme einer zugegangenen Vertragsofferte zu nennen. Auch sie wird, wie oben schon erwähnt,

20) vgl. Dür-Hach. a. a. O.; Staub-Pinner a. a. O.

21) RG. in JW., 1897, 88; 1903, 102; 1910, 649; Warn., 1911, Nr. 422; Gruch., 54, 894; Beckmann, S. 29.

22) Staub-Pinner a. a. O.; Lewin, S. 38.

23) Beckmann, S. 29.

24) Lewin, Beckmann a. a. O.

25) vgl. unten S. 57ff.

ein V. Schr. genannt.[26]) Endlich ist der Fall noch hinzuzufügen, daß ein vollmachtloser Vertreter einen Vertrag geschlossen hat, und daß der „Vertretene" dem Kontrahenten nunmehr seine Genehmigung zu dem schwebend unwirksamen Geschäft (§ 177 BGB) in einem „V. Schr." erteilt.[27])

Um nun die Aufgabe, die vorliegende Arbeit lösen soll, noch einmal scharf zu umreißen, sei nochmals betont, daß die genannten unechten V. Schr. grundsätzlich nicht Gegenstand der Darstellung sein werden, sondern nur solche, die einen voraufgegangenen Vertragsschluß „bestätigen", im Sinne des oben aufgestellten Begriffes.[28]) Doch soll später ebenfalls erörtert werden, in welchen Fällen und aus welchen Gründen die Rechtsprechung, die Regeln über echte V. Schr. auf unechte ausdehnt. Wenn in den folgenden Ausführungen schlechthin von V. Schr. die Rede sein wird, so ist damit das kaufmännische, echte V. Schr. gemeint. Unter diesem Gesichtspunkt muß die Abhandlung verstanden werden.

26) Staudinger, § 146, Anm. 3.
27) Oertmann, § 154, 3 b; Lewin a. a. O.; Keilhauer, S. 13.
28) vgl. oben S. 4.

B) Das deklaratorische Bestätigungsschreiben.

§ 3.

Die Zweckbestimmung des deklaratorischen B. Schr. liegt, wie die Bezeichnung „deklaratorisch" sagt, darin, daß es den Parteien als Beweisurkunde dienen soll. Aus verschiedenen Gründen pflegen solche Schreiben verfaßt und zugesandt zu werden:

Oft werden Verträge unter Zuhilfenahme technischer Einrichtungen, wie Telefon, Telegraf, Ferndrucker usw. geschlossen, sodaß dann über große Entfernungen hin verhandelt wird. In diesen Fällen können die Verhandlungen nicht mit der Gründlichkeit geführt werden, wie dies unter Anwesenden möglich ist. Es werden meist kurze, unter Kaufleuten übliche Formeln zur Verständigung verwendet. Die Möglichkeit einer falschen Uebermittlung oder eines Verhörens wird dadurch groß, sodaß Mißverständnisse und Irrtümer leicht vorkommen. Ebenfalls dann ist die Gefahr von Irrtümern erheblich gesteigert, wenn nach Art der Geschäfte eine möglichst schnelle Herbeiführung des Vertragsschlusses erforderlich ist. Das ist vor allem bei solchen Geschäften der Fall, die von Tageskursen abhängig sind, z. B. im Börsen-, Getreide- und Viehgroßhandel. Die Möglichkeit von Mißverständnissen ist schließlich auch dann offenbar, wenn die beiden Handelshäuser mittels bestellter Vertreter kontrahieren. Wie das RG in einer Entscheidung vom 3. 4. 17 [1]) feststellt, ist es handelsüblich geworden, daß das Stammhaus den Abschluß des Vertrages zur Sicherheit bestätigt, wenn es sich durch bevollmächtigte Vertreter verpflichtet.

In solchen Fällen, wo entweder die Verständigung nicht mit der notwendigen Gründlichkeit erfolgen kann oder die Gefahr von Irrtümern aus anderen Gründen besteht, erfüllt das deklaratorische B. Schr. seinen Zweck. Dadurch, daß die Parteien auf diese Weise ihre Auffassung von dem Vertrage ihrem Gegner zukommen lassen, hat dieser die Möglichkeit, den Vertrag auch in seinen Einzelheiten, besonders in Nebenpunkten zu überprüfen und Abweichungen vom Vereinbarten zu rügen, damit noch rechtzeitig spätere Streitigkeiten vermieden werden können. Außerdem liegt die Bedeutung solcher Urkunden darin, nebensächliche, leicht übersehbare Abmachungen, wie z. B. über Berechnung und Rücksendung der Verpackung, Reklamationsfrist, Garantie und Ausschluß derselben, Garantiefrist, Gerichtsstand, Zahlungsart usw. vor Vergessenheit zu bewahren. Die Parteien haben für die Zukunft eine klare Unterlage für den Beweis ihrer vertraglichen Beziehungen in den Händen und brauchen weniger Sorgfalt

1) RG. 90, 136.

anzuwenden, den gesamten Vertragsinhalt bis in seine Einzelheiten im Gedächtnis zu behalten.

Weil das B. Schr. die Auffassung von dem gesamten Inhalt des Vertrages dem Gegner übermitteln soll, haftet ihm auch notwendig die Tendenz an, den Vertragsinhalt in aller Vollständigkeit kundzugeben. Nur auf diese Weise kann sich der Gegner über die Uebereinstimmung in den einzelnen Vertragspunkten vergewissern. Das Schreiben ist also lediglich eine Wiedergabe des Vertragsinhaltes in Schriftform. Darin liegt das Wesentliche. Die B. Urkunde soll nichts Neues erzeugen, sondern lediglich fest Vereinbartes bezeugen.[2]) Sie soll nicht die Bedeutung haben, für die Vertragserfüllung allein maßgeblich zu sein. Vielmehr soll auf das ehedem perfekt Verabredete unumschränkt zurückgegriffen werden dürfen.[3])

§ 4.

Wie aber erlangt das Schreiben seine Bedeutung als Beweisurkunde? Allein die Tatsache der Abfassung oder der Versendung ist noch nicht genügend, denn noch kann der Gegner seinem Inhalte widersprechen, sodaß es keinerlei Bedeutung genießt, höchstens als eine der freien richterlichen Beweiswürdigung unterliegende Erklärung des Absenders. Erst durch ein Verhalten des Empfängers gewinnt es seine Wirkung als prozessuale Beweisurkunde in der Weise, daß der Empfänger ausdrücklich oder mittels Schweigens seine Zustimmung erklärt. Dieser Gesichtspunkt wurde zutreffend von Siller[4]) und ihm folgend von Krause[5]) herangezogen. Diese Schriftsteller behaupten sogar, daß die Parteien durch Zusendung und widerspruchslose Annahme des deklaratorischen B. Schr. einen Beweisvertrag zum Abschluß brächten. Dieser bezwecke eine Verschiebung der Beweislast. Ob es richtig ist, schon von einem Beweisvertrag zu sprechen, kann dahingestellt bleiben. Die Auffassung von Siller erscheint zumindest deshalb als bedenklich, weil die Parteien in den meisten Fällen nicht an die Rechtsfolge der Beweislastverschiebung denken werden. Ihnen kommt es doch hauptsächlich darauf an, über den Vertrag etwas Schriftliches in den Händen zu haben. Zielt aber der Wille der Gegner tatsächlich auf die Beweislastverschiebung ab — was freilich nicht leicht nachzuweisen ist — so ist die Ansicht von Siller am Platze.

Die Bedeutung des Schreibens als Beweismittel zeigt sich im Prozeß. Sie ist in doppelter Hinsicht gegeben: einmal für die Tatsache, daß die Verhandlungen überhaupt zum Abschluß führten[6]), dann aber auch für den Inhalt des Vereinbarten. Damit der B. Brief also ein Beweismittel

---

2) Siller, S. 290; Dür.-Hachb. a. a. O.; Beckmann, S. 14; Lewin, S. 8; JW, 1926, 2532.

3) Siller a. a. O.; Lewin a. a. O.; Stengel, S. 24.

4) Siller, Jur. Rdsch. 1927, S. 290.

5) Krause, S. 7.

6) Dür.-Hachb. a. a. O,; Beckmann, S. 14; RG. 123, 100.

sein kann, ist stets wirklicher, gültiger Abschluß Voraussetzung.[7]) Unbedingtheit des Vertrages wird dagegen nicht verlangt werden können. Wie gesagt, wird auch der Inhalt des Vertrages durch das B. Schr. bekundet. Dies jedoch nicht in der Weise, daß die Urkunde einen unwiderlegbaren Beweis liefert, sondern nur derart, daß für sie die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit gilt. Andernfalls wäre das B. Schr. nicht mehr deklaratorisch. Diese Vermutung ist eine Folge der Zweckbestimmung, dem solche Schreiben dienen. In ihnen will ja, wie schon hervorgehoben, die eine Partei dem Gegner ihre Ansicht über den Vertragsabschluß vor Augen führen. Darum muß sie notwendig alles Vereinbarte enthalten. Andererseits darf sie, wenn sie diesem Zwecke gerecht werden will, nur das enthalten, was wirklich vereinbart wurde. Es entsprach also dem Wesen einer solchen B. Urkunde, wenn die Rechtsprechung ihr die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit zuerkannte.[8]) In den Entscheidungen heißt es: es entspreche den Erfahrungen des Verkehrs und dem Zwecke der schriftlichen Niederlegung, daß sie den Inhalt des Vertrages vollständig wiedergebe und auch den gesamten Vertragsinhalt richtig enthalte.

Die Beweisvermutung des B. Schr. wirkt nun in der Weise, daß der Inhalt des Schreibens solange als das wirklich Vereinbarte zu gelten hat, bis der Gegenbeweis geführt wird.[9]) Bis zu diesem Zeitpunkt ist allein nach dem B. Brief zu beurteilen, welche Pflichten den Parteien obliegen. Die mündlichen Verhandlungen haben also vorerst keine Bedeutung für den Beweis von Inhalt und Abschluß des Vertrages.[10]) In dem Augenblick aber, in dem die Richtigkeits- und Vollständigkeitsvermutung entkräftet wird, verliert das B. Schr. seine praktische Bedeutung. Dann ist der mündlich abgeschlossene Vertrag allein maßgeblich und bedarf grundsätzlich des Beweises durch den Kläger, wenn der Gegner bestreitet. Jetzt muß der Kläger alle seinen Klaganspruch stützenden Behauptungen (den Klagegrund) durch Beweis erhärten.

Auch in dem Falle greift die Vermutung des B. Schr. beweisregelnd ein, wenn Bedingungen, die die Parteien vorher ausdrücklich festgelegt hatten, in dem Schreiben nicht vermerkt sind. Trifft dies zu, so gilt die jeweilige Bedingung als fallen gelassen.[11]) Dieser Satz muß aber in zweifacher Weise eingeschränkt werden:

1. Wenn B. Schr. erkennbar nur einen Teil der Bestimmungen enthalten, sodaß nicht einmal mehr der Schein einer vollständigen Aufzeich-

7) Stengel, S. 25.

8) RG. Bd. 52, 26; 68, 15; 77, 405; 97, 133; LZ. 1917, S. 859; Recht 1918, Nr. 661; 1916, Nr. 1064; 1919, Nr. 209 u. 1253; Soergel, 1919, S. 12 u. 24; Seuff. Arch. 73, S. 150 u. 250; Staub-Pinner, § 350 Anm. 71; Staudinger, § 146, Anm. 3; Lewin, S. 9; Stengel, S. 27.

9) Staub-Pinner, § 350, Anm. 78; Staudinger, § 146, Anm. 3; Beckmann, S. 14; Stengel, S. 27; RG. 97, 133; RG. in Seuff. Arch. 73, S. 251.

10) Stengel a. a. O.

11) RG. 52, 25; 65, 49; 68, 15; RG. in LZ. 1917, S. 853 (4); Recht 1919, Nr 209; JW. 1915, S. 571 (4); OLG. Dresden, in Seuff. Arch. 73, Nr. 93 u. 150; Staub-Pinner. § 350, Anm. 72; Beckmann, S. 14; Stengel, S. 27.

nung des Vereinbarten gewährleistet ist, hat die Urkunde nicht die Vermutung der Vollständigkeit für sich.[12]) Nicht Erwähntes kann dann nicht als aufgehoben gelten, sondern es muß ohne weiteres der mündliche Vertragsabschluß herangezogen und in seinen Einzelpunkten bewiesen werden. Höchstens kann für die im B. Schr. aufgezeichneten Punkte die Beweisvermutung der Richtigkeit Platz greifen. Im übrigen muß die Beweislast nach allgemeinen Regeln verteilt werden, d. h. der Kläger muß ein Klagfundament behaupten und hierfür den Beweis antreten.

2. Nun kann es aber auch so sein, daß die B. Urkunde zwar den Anschein einer vollständigen Urkunde erweckt, sodaß ihr die Vollständigkeits- und Richtigkeitsvermutung anhaftet. Eine Bedingung ist jedoch in das B. Schr. nicht ausdrücklich aufgenommen. Aber nur deshalb nicht, weil sie sich für die Parteien bei Vertragsschluß als selbstverständlich ergab. Auch in diesem Falle gilt die nicht vermerkte Bedingung nicht als fallen gelassen, „sondern sie ist als implicite in dem Schreiben enthalten anzusehen." [13])

Die Umstände können aber auch so gelagert sein, daß die Beweisvermutung von vornherein nicht Platz greift. Als Hauptfall ist der zu nennen, daß der Absender des Schreibens bewußt Bedingungen in das Schreiben einschmuggelt, von denen bei den mdl. Abmachungen keine Rede gewesen ist. Es geschieht in dem Glauben, der Gegner werde dies übersehen. Solches Verhalten des Absenders ist arglistig, und er kann deshalb gemäß allgemeiner Rechtsgrundsätze zumal des neuen deutschen Rechts nicht die Vorteile der Beweisvermutung für sich beanspruchen.[14]) Auch auf spätere, vielleicht vom Empfänger gemachte Zusätze erstreckt sich die Vermutung nicht.[15]) Ebenso ist der schon erwähnte Fall zu behandeln, daß das B. Schr. offensichtlich unvollkommen ist und nur einzelne Punkte enthält, während sämtliche Nebenabreden fehlen. Mit dem Schreiben könnte dann im Höchstfalle die Tatsache des Abschlusses, nicht aber sein Inhalt bewiesen werden. Keine Beweiskraft genießt ein B. Schr. schließlich dann, wenn es in sich widerspruchsvoll ist, sodaß es nicht zweifelsfrei das Vereinbarte zu bekunden vermag. Es würde Treu und Glauben widersprechen, wenn sich der Absender auf ein solches Schr. berufen würde.[16])

§ 5.

Die Vollständigkeits- und Richtigkeitsvermutung kann nun jeder der Parteien zu Gute kommen. Entscheidend ist nur, wer sich auf das B. Schr. beruft und wer geltend macht, daß es Abweichungen von dem Vereinbarten enthalte. Derjenige, der die Abweichungen behauptet, muß

12) Recht 1910, Nr. 6.
13) RG. 88, 372; JW. 1916, 1332.
14) Recht 1906, Nr. 2343; 1910, Nr. 1; 1915, Nr. 7; 1918, Nr. 833; Lewin, S. 9; Staub-P., § 350, Anm. 78.
15) Beckmann, S. 15.
16) RG. 62, 50.

die Beweisvermutung entkräften, wenn er durchdringen will.[17]) Behauptet z. B. der Kläger den Vertrag für so geschlossen, wie das B. Schr. ihn schildert und bestreitet dies der Beklagte, so muß dieser die Beweisvermutung durch Gegenbeweis beseitigen.

Die Ansichten, wie aber der Gegenbeweis zu führen ist, sind geteilt und in keiner Weise befriedigend. Im Schrifttum wird in Anlehnung an einige reichsgerichtliche Urteile durchweg nur der Fall behandelt, daß sich eine Partei auf Weitergeltung einer im B. Schr. nicht verzeichneten Bedingung beruft.[18]) Daß aber das B. Schr. den abgeschlossenen Vertrag auch unrichtig wiedergeben kann, wird übersehen. Man könnte einwenden, daß dann der Absender arglistig sei und deshalb die Beweisvermutung von vornherein nicht gelte.[19]) Arglist des Absenders braucht aber nicht immer vorzuliegen, wenn ein B. Schr. Abweichungen enthält. Das RG sagt nun, daß es des Nachweises besonderer Umstände und Gründe, wegen derer eine Abrede nicht in das Schriftstück aufgenommen worden sei, nicht bedürfe. Schon die Sachlage, möglicherweise die Erheblichkeit der Abrede, könne die Annahme rechtfertigen, daß die Parteien an ihr festhalten wollten.[20]) Das RG geht bei diesen Entscheidungen von dem Satz aus, daß all dasjenige, was nicht im Schreiben stehe, als fallen gelassen zu gelten habe. Im Staub'schen Kommentar[21]) wird der gegenteilige Standpunkt vertreten. Zur Führung des Gegenbeweises seien tatsächliche Angaben und Gründe darüber erforderlich, daß die Parteien auch entgegen dem Inhalt des B. Schr. an der mündlichen Abrede festhalten wollten. Die neuste Auflage des Kommentars hat sich aber unter Hinweis auf die zitierten Entscheidungen zu der reichsgerichtlichen Auffassung bekannt.[22]) — Beide Ansichten halten aber einer kritischen Würdigung nicht stand. Sowohl die Ansicht des RG, wie auch die von Staub führt nur dann zu einem brauchbaren Ergebnis, wenn auch der Absender des Schreibens zugesteht, daß früher noch andere, nicht schriftlich niedergelegte Bedingungen verabredet wurden. Wie ist es aber in dem Falle, wenn der Absender jede nicht aufgenommene Vereinbarung leugnet, was wohl meist zutreffen wird? Dann nützt es nichts, wenn der Empfänger darlegt, die Abrede, die er behaupte, sei so erheblich, daß sie auch gegen den Inhalt des B. Schr. weiter Geltung haben müsse. Denn eine anderweitige Abrede ist jetzt zwar vom Empfänger des Schreibens behauptet, jedoch noch nicht bewiesen. Es ist zu fragen, wer hierfür den Beweis erbringen muß. Dies kommt ganz darauf an, wer sich auf das B. Schr. beruft und wer die nicht in dem Schreiben niedergelegte Bedingung behauptet. Es kann, je nach Prozeßlage, der Kläger oder Beklagte sein.

---

17) Siller, Jur. Rdsch. 1927, 289; Krause, S. 8.

18) Beckmann, S. 15; Lewin, S. 10; Stengel, S. 30; Staub-P., § 350, Anm. 71ff.

19) vgl. oben S. 10.

20) RG. in JW 1912, S. 238; 1913, S. 197; Seuff. Arch. 73, 250; LZ. 1918, S. 830, 1922, S. 229; Warn. 1912, S. 6; 1918, S. 78; RG., Bd. 52, 25; 68, 15.

21) Staub-Koenige (1913), Anhang zu § 350, Anm. 73.

22) Staub-Pinner (1933), § 350, Anm. 71.

Hat z. B. der Kl. zur Begründung seines Anspruches das B. Schr. herangezogen, und behauptet der Bekl. eine weggelassene Vertragsbedingung, so ist dessen Vorbringen ein Leugnen des Klagegrundes, denn er stellt den Vertragsinhalt ganz anders hin, als dies der Kl. behauptete.[23]) Dieser hätte allgemeinen Prozeßregeln zufolge im Falle des Bestreitens für seinen Klagegrund den Beweis anzutreten. Davon wird er enthoben, weil für ihn die noch nicht widerlegte Vermutung spricht. Also muß es Sache des Bekl. sein, für das von ihm behauptete, von B. Schr. abweichende Tatsachenmaterial den Beweis zu erbringen. Gelingt ihm dieser Beweis, so ist damit die Vermutung der Richtigkeit, bezw. Vollständigkeit des B. Schr. entkräftet. — Wenn nun die Parteirollen vertauscht sind, d. h. der Kl. die nicht im Schreiben befindliche Abrede behauptet, aber sich der Bekl. auf das von ihm abgesandte oder von ihm empfangene B. Schr. stützt? Dann spricht die Vermutung für den Bekl., und der Kl. muß sie entkräften. Das kann nur in der Weise geschehen, daß er die behauptete mündliche Abrede beweist. Sie gehört ohnehin schon zum Klagegrund, und er muß sie beweisen, wenn er durchdringen will.[24]) Auch in diesem Falle genügt es zur Führung des Gegenbeweises nicht, daß der Kl. die Behauptung einer nicht im Schreiben vermerkten Abrede und deren Erheblichkeit als Prozeßstoff geführt. Erst muß er den Beweis hierfür antreten. Dadurch wird die Vermutung des B. Schr. vernichtet.

Somit haben wir als Regel gewonnen, daß derjenige, der eine neben dem B. Schr. geltende mündliche Abrede behauptet, dafür beweisbelastet ist. Diese Regel paßt auch für die Fälle, daß das B. Schr. die einzelnen Vertragsbedingungen anders festlegt, als sie in Wirklichkeit vereinbart wurden.[25]) Die Partei also, die eine unrichtige Wiedergabe des Vertragsinhaltes geltend macht, ist mit dem Beweise beschwert. Tatsächlich handelt es sich um eine Verschiebung der Beweislast[26]), oder — sofern man die Leonhard'sche Lehre anerkennt, — um eine Verschiebung der Beweisführungspflicht, die ihrer Rechtfertigung in der für den Prozeßgegner sprechenden Beweisvermutung hat.[27])

Zum Schluß sei festgestellt, daß das deklaratorische B. Schr. auf den Vertrag nicht rechtsändernd einwirkt, denn im Prozeß ist in beliebiger Weise ein Gegenbeweis gegen seine Richtigkeit und Vollständigkeit zulässig.[28]) Es kommt ihm also keine rechtserzeugende Kraft zu. Allerdings will Krause[29]) schon eine gewisse rechtserzeugende Kraft darin sehen, daß der sich auf Abweichungen berufende Teil den Gegenbeweis gegen die Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit führen müsse. Diese Wirkung trete aber erst dann ein, wenn der andere Teil das Schreiben wider-

23) Rosenberg, § 103, II, 1 (S. 319); Leonhard, Lehrbuch in k. S., S. 55.
24) Leonhard, Bew. Last, S. 143 ff., S. 186; Lehrb. i. k. S., 55, III, C; Rosenberg, § 116, S. 367 ff.
25) vgl. oben S. 11.
26) Krause, S. 7; Siller a. a. O.
27) Leonhard, Bew. Last, S. 186 ff., 192; Lehrb. i. k. S., S. 55, III, C.
28) Seuff. Arch., 73, S. 150.
29) vgl. Krause, S. 7, 8.

spruchslos annehme. Es werde somit ein Vertrag geschaffen, dem die Folge entsprechender Beweislastverschiebung innewohne. Gewiß, dies trifft in den Fällen zu, wo sich der Kl. auf das B. Schr. beruft und der Bekl. abweichend behauptet. Anders ist es aber, wenn sich der Kl. auf Abweichungen beruft und der Bekl. die Wirkung der Beweisvermutung für sich in Anspruch nimmt. Nach allgemeinen Grundsätzen hätte dann sowieso der Kl. den Beweis für die behaupteten, zum Klagegrund gehörigen Abweichungen zu liefern. Die Verteilung der Beweislast muß also ebenso erfolgen, als ob gar kein B. Schr. zugesandt worden wäre.[30]) Von einer Verschiebung der Beweislast durch das deklaratorische B. Schr. kann daher in diesem Falle keine Rede sein, desgl. nicht von einer gewissen rechtserzeugenden Kraft.

30) vgl. oben, S. 12.

C) Das konstitutive Bestätigungsschreiben.

§ 6.

Auch bei den konstitutiven B. Schr. liegt die praktische Bedeutung darin, daß sie als Beweismittel dienen. Während aber die vorher dargelegten B. Schr. lediglich eine widerlegbare Beweisvermutung begründeten, haben die konstitutiven B. Schr. eine endgültige, unumstößliche Beweiskraft, vorausgesetzt, daß sie den Empfänger binden. Wann das der Fall ist, wird noch darzulegen sein. Sie dienen ebenfalls wie die deklaratorischen B. Schr. dem Zwecke, den Inhalt des zum Abschluß gebrachten Vertrages vollständig und richtig zu erfassen. Ihre Eigenart ist aber darin zu sehen, daß sie den Vertragsinhalt abschließend festlegen sollen, sodaß ihr Inhalt ausschließliche Gültigkeit hat. Sie allein sollen die Grundlage für die beiderseitigen Rechte und Pflichten abgeben, ohne daß auf das mündliche Vereinbarte zurückgegriffen werden darf. Sie lassen also nicht den Nachweis zu, daß ehedem andere Bedingungen festgelegt wurden. Ihnen haftet somit die Zweckbestimmung an, den Vertrag in endgültiger, für beider Teile verbindlicher Weise schriftlich zu fassen. Hierin zeigt sich der wesentliche Unterschied zwischen konstitutiven B. Schr. und nur vertragsbekundenden B. Schr. Weil nun mittels eines konstitutiven B. Schr. der ursprüngliche Vertrag nur so bewiesen werden kann, wie das B. Schr. ihn wiedergibt, gewinnt das Schreiben rechtserzeugende Kraft. Das ehedem Vereinbarte verliert dadurch seine praktische Bedeutung, denn ein Gegenbeweis ist ja ausgeschlossen. So, wie das B. Schr. die einzelnen vertraglichen Leistungen kennzeichnet, sind sie zu erbringen. Durch das B. Schr. und seine bindende Annahme durch den Empfänger kann also der ursprüngliche Vertrag geändert werden, wenn das Schreiben Abweichungen von den mündlichen Vertragsabreden enthält oder den Vertrag in seinen Nebenpunkten ergänzt. Die konstitutive Wirkung des Schreibens kann somit vertragsändernd oder vertragsergänzend sein.

§ 7.

Bevor aber mit der rechtlichen Beurteilung der konstitutiven B. Schr. begonnen werden soll, muß auf eine andere Frage von großer Wichtigkeit eingegangen werden. Bisher war noch nichts darüber gesagt, woran man ein Schreiben als deklaratorisch oder als konstitutiv erkennen kann. Das Schrifttum hat sich bisher nicht um eine Abgrenzung bemüht. Erst

in neuster Zeit machen Krause[1]) und Friedenthal[2]) den Versuch einer Grenzziehung, ohne aber zu einem Ergebnis zu kommen. Auf ihre Meinungen ist später einzugehen.

In manchen Fällen ist die Entscheidung, ob ein deklaratorisches oder konstitutives B. Schr. vorliegt, dadurch erleichtert, daß die Parteien sich bei Vertragsschluß oder im Schreiben ausdrücklich darüber aussprechen, welche Bedeutung sie selbst der B. Urkunde beimessen. Findet sich im Schreiben etwa die Bemerkung: „Mündliche Sonderabmachungen sind für mich nicht maßgebend"[3]), oder: „Mündliche Vereinbarungen gelten nicht", so ist bedenkenlos ein konstitutives Schreiben anzunehmen. Ebenfalls dann, wenn die Parteien sich ausdrücklich vorbehielten, die Nebenpunkte des Vertrages durch B. Schr. festzulegen.[4]) Umgekehrt liegt ein deklaratorisches B. Schr. vor, wenn sich die Parteien bei Vertragsschluß zusagten, daß das mündlich Vereinbarte unter allen Umständen gelten solle, auch wenn spätere B. Schr. Widersprüche ergeben sollten.

Schwierigkeiten bei der Grenzziehung treten erst dann auf, wenn nichts Derartiges gesagt wurde, was meist der Fall sein wird. Im Schrifttum übliche Formeln, wie: „Das B. Schr. bleibt regelmäßig nur Beweismittel und ist kein Anerkenntnis"[5]), führen nicht weiter. Manche Schriftsteller begnügen sich allein mit der Feststellung, daß es neben deklaratorischen B. Schr. auch solche mit rechtserzeugender Wirkung gäbe.[6]) Etwas deutlicher drücken sich die Entscheidungen der höchsten Gerichtshöfe aus. In der Tat geben sie z. T. bemerkenswerte Hinweise für die Grenzziehung. Man findet oft in ihnen den Satz: „Das im Anschluß an einen mündlichen Vertragsabschluß ausgehändigte B. Schr. hat in der Regel und soweit nicht besondere Umstände eine abweichende Willensmeinung der Parteien erkennen lassen, nur die Bedeutung einer Beweisurkunde für den Abschluß des Geschäftes."[7])

Diese Entscheidung wird auch häufig im Schrifttum wiedergegeben. Krause knüpft an sie folgende Bemerkung: „Die Länge des Zeitraumes zwischen mündlichem Abschluß und schriftlicher Bestätigung kann aber nicht Kriterium für die verschiedenen Wirkungsgrade des B. Schr. sein."[8]) Krause hat aber diese Entscheidung völlig mißverstanden, wenn er glaubt, daß darin auf den Zeitraum zwischen Abschluß und Bestätigung abgestellt werde. Denjenigen Teil des zitierten Satzes, der für die Grenzziehung allein ausschlaggebend ist, hat er nicht erkannt. Zerlegen wir diesen Satz in seine Teile, so ergibt sich: Die Regel ist, daß das im Anschluß an den Vertragsschluß zugesandte B. Schr. nur die Bedeutung einer Be-

---

1) Krause, S. 9.
2) Friedenthal, S. 18.
3) So z. B. in Warneyer, 1922, S. 9.
4) RG. 58, 56; Recht 1910, S. 2780.
5) Koenige-Teichmann, § 346, 4 b; Dür.-Hachb., § 346, Anm. 13; Lewin, S. 7.
6) Staudinger, § 146, 3; Stengel, S. 26,
7) vgl. RG. in LZ. 1917, 853 (DJZ. 1917, 898); ähnlich OLG. Stuttgart, JW. 1921, S. 1465; Recht 1918 Nr. 661; RG. 90, S. 136.
8) Krause, S. 9, Anm. 22.

weisurkunde hat. Und diese Regel wird eingeschränkt durch den Zwischensatz: „Soweit nicht besondere Umstände eine abweichende Willensmeinung der Parteien erkennen lassen.“ Diese Einschränkung erfolgt, — das läßt sich nicht bestreiten — zu Gunsten solcher B. Schr., die nicht nur Beweis für den Vertrag liefern, sondern ihn abändern.

Sollten dagegen die Worte „im Anschluß an einen Vertragsabschluß“ jene Regel einschränken, so wäre unverständlich, aus welchem Grunde der Richter jene Parenthese aufgenommen hätte. Ihr käme dann im Satze keine Bedeutung zu. Mit den Worten „im Anschluß an den Vertragsschluß“ wird lediglich zum Ausdruck gebracht, daß ein Vertragsschluß vorausgegangen ist. Der Zeitpunkt aber, wann die Bestätigung abgesandt wurde, wird damit nicht gekennzeichnet. Nach Ansicht des RG hat also ein B. Schr. nicht nur die Bedeutung eines Beweismittels, sondern darüber hinausgehend rechtserzeugende Kraft, „wenn besondere Umstände eine abweichende Willensmeinung der Parteien erkennen lassen.“ Es ist zu fragen, wann solche Umstände vorliegen. Hier können wir nur den Weg gehen, die zweifelhaften Fälle, in denen die Gerichte konstitutive B. Schr. angenommen haben, zu betrachten, jene „Umstände“ aufzufinden und aus ihnen einen Grundgedanken herauszulösen, der für die Abgrenzung der leitende Gesichtspunkt sein muß.

Beginnen wir mit einem Urteil des KG vom 2. 10. 1908.[9]) In dem zur Entscheidung stehenden Falle war ein Vertrag telefonisch abgeschlossen worden. Das Gericht führt aus: „Gerade weil bei telefonischen Abmachungen sich oft Zweifel und Unklarheiten einschleichen, werden telefonische Abmachungen noch schriftlich bestätigt. Ein solches Schreiben bezweckt daher, die Hebung von Zweifeln und den Ausschluß von Unklarheiten. Dies gilt in erhöhtem Grade von Maß- und sonstigen ziffernmäßigen Angaben, über die sonst leicht auf Grund des telefonischen Gesprächs Meinungsverschiedenheiten sein könnten. Bestätigt in einem solchen Falle der eine Kontrahent schriftlich den Inhalt des telef. Gesprächs, so will er damit den Vertragsinhalt endgültig festlegen, damit nicht mehr das in das Telefon hineingesprochene, vielleicht zweifelhafte Wort, sondern ausschließlich der Inhalt des Schreibens für den Umfang der beiderseitigen Rechte und Pflichten maßgebend sein soll. Es ist auch für den Kaufmann, der das Schreiben empfängt, klar, daß der Absender das B. Schr. zu dem Zwecke zugehen läßt, um damit den Vertragsinhalt endgültig festzustellen, daß also das Schreiben konstitutive Wirkung haben soll.“

In einer anderen Entscheidung[10]) hat das RG ebenfalls konstitutive Kraft des B. Schr. angenommen, weil „die Möglichkeit eines Mißverständnisses der in dem Telefongespräch geführten Verhandlungen dem Bekl. nicht ausgeschlossen erscheinen konnte.“ Oertmann[11]) unterstreicht in der Besprechung dieses Urteils, daß darin zutreffend die naheliegende Möglich-

9) OLG., 19, S. 392.
10) JW. 1918, S. 769.
11) Oertmann, JW. 1918, S. 769.

keit eines Mißverständnisses im Ferngespräch hervorgehoben werde. Den Anforderungen von Treu und Glauben entspreche es, daß deshalb der Empfänger den Inhalt des Schreibens gegen sich gelten lassen müsse. — Es lassen sich noch zahlreiche Entscheidungen dieser Art hinzufügen[12]), in denen aus gleichem Grunde rechtsändernde Kraft des B. Schr. bejaht wurde.

In einem Urteil vom 24. 3. 03[13]) wurde ein B. Schr. deswegen als rechtserzeugend bezeichnet, „weil die schriftliche Bestätigung der Beschaffenheit der Ware offenbar im Interesse der beiden Vertragsschließenden lag und in der Möglichkeit einer verschiedenen Auffassung derselben." Ebenfalls hat sich wegen der Gefahr von Mißverständnissen bei Beredung eines besonders wichtigen Vertrages in Anwesenheit der Parteien das OLG Hamburg veranlaßt gesehen, rechtserzeugende Wirkung der später zugesandten B. Schr. anzunehmen.[14])

Bemerkenswert ist dann noch eine Reihe von Entscheidungen, die ein konstitutives B. Schr. für gegeben erachten, weil der vorher abgeschlossene Vertrag nicht durch die Parteien selbst, sondern durch Vertreter zum Abschluß gebracht wurde.[15]) Grund ist auch hier die Gefahr von Zweifeln und von Abweichungen vom wirklich Besprochenen. Diese Gefahr ist in derartigen Fällen erheblich gesteigert durch vielleicht schuldhaftes Verhalten der Vertreter. — Alle bisher besprochenen Urteile haben einen Gedanken gemeinsam. In jedem Falle ist die erhöhte Gefahr von Mißverständnissen der entscheidende Umstand gewesen, der Gerichte zur Annahme konstitutiver B. Schr. bewogen hat.

Für ein konstitutives B. Schr. hat sich das RG aber auch dann ausgesprochen, wenn die Parteien sich nur in den Hauptpunkten geeinigt hatten.[16]) Daß in solchen Fällen der noch ergänzungsbedürftige Vertrag durch in Aussicht gestellte B. Schr. vervollkommnet werde, entspreche den Gewohnheiten des Handelsverkehrs. Sei ein Kaufmann mit dem Ergänzungsvorschlag nicht einverstanden, müsse er sich melden. Andernfalls werde er als zustimmend behandelt.

Man kann also, wenn man das Wesentliche vorgehender Urteile kurz zusammenfaßt, etwa folgendes sagen: Bestand bei Abschluß eines Vertrages eine verminderte Möglichkeit gründlicher Verständigung und daher eine erhöhte Gefahr für das Vorliegen von Irrtümern oder war ein Vertrag notwendig ergänzungsbedürftig, so erscheint die Annahme eines konstitutiven B. Schr. als gerechtfertigt. Sind die Umstände derart gelagert, dann entspricht es den Anforderungen von Treu und Glauben, daß die Parteien das geschriebene Wort zur alleinigen Grundlage ihrer vertraglichen Beziehungen machen, statt des später schwer nachweisbar

12) JW. 1910, 649; 1911, 976; Recht 1910 Nr. 2780; 1919 Nr. 717; LZ. 1908, 393; Seuff. Arch. 73, S. 318.

13) RG. 54, S. 176.

14) Hans. Ger. Zeitung, 1904, Hauptblatt 282.

15) RG 57, 409 ff.; 58, 66; 90, 26; Seuff. Arch. 62, S. 345; Warn. 1922, S. 112; Höchstr. R. Spr. 29, Nr. 27.

16) RG. 58, 66; 88, 380.

Gesprochenen. Diese Regel wird sich für die Grenzziehung als fruchtbar erweisen. Sie ist, wie dargetan, für die Rechtssprechung stets maßgebend gewesen.

Man kann aber feststellen, daß die oberen Gerichte in fast allen Fällen, die ihnen zur Aburteilung vorgelegt wurden, keine Bedenken hatten, „besondere Umstände", die ein rechtserzeugendes B. Schr. rechtfertigen, anzuerkennen. Plum[17]) hebt mit Recht hervor, daß dies eine Stellungnahme ist, die den Anforderungen des Verkehrs und der Rechtssicherheit durchaus gerecht wird. Zahlenmäßig sind also konstitutive B. Schr. weitaus im Uebergewicht.[18]) Das hat dazu geführt, daß Friedenthal den Unterschied zwischen konstitutiven und deklaratorischen B. Schr. gänzlich leugnet.[19]) Seiner Auffassung nach gibt es eben nur rechtserzeugende B. Schr. Diese Ansicht geht aber zu weit, denn es sind verschiedene Entscheidungen bekannt, in denen mit Recht nur bekundende Wirkung eines B. Schr. angenommen wurde. So z. B., als ein B. Schr. von einem Kaufmann einer Person zuging, auf die sich die strengen Gewohnheiten des kaufmännischen Verkehrs nicht erstrecken konnten[20]) oder als es sich um ein Geschäft des kleineren ladenmäßigen Verkehrs handelte.[21]) Schließlich hat das RG in einem anderen Urteil[22]) den Standpunkt vertreten, daß eine Bitte um Gegenbestätigung das Verlangen nach einem Beweismittel darstelle, wenn sich die Parteien „nach allen Richtungen hin geeinigt hätten und nach dem Inhalt der Verhandlungen kein Zweifel bestehe." Den Unterschied zwischen deklaratorischen und konstitutiven B. Schr. gänzlich zu verneinen, ist auch aus dem Grunde nicht angebracht, weil die Parteien jederzeit kraft ausdrücklicher Abrede einem Schreiben nur bekundende Wirkung beimessen können.

17) Plum, JW. 21, 1465 (8); vgl. auch Lewin, S. 22.
18) Krause, S. 8, 9.
19) Friedenthal a. a. O.
20) Recht 1932, Nr. 172. Der Empfänger des Schreibens war ein städtischer Beamter, also Nichtkaufmann.
21) RG. 104, S. 202.
22) vgl. Seuff. Arch. 80, S. 137. Das Gericht führt aus, daß es sich in diesem Falle nicht um ein B. Schr., sondern um eine Auftragsbestätigung handelte, die den Zweck eines Beweismittels erfüllen sollte.

D) Die rechtliche Beurteilung des konstitutiven Bestätigungsschreibens.

§ 8.

Nicht jedem Schreiben, das die Parteien zur alleinigen Grundlage ihrer vertraglichen Pflichten machen wollen, ist die konstitutive Wirkung eigen. Enthält z. B. das Schreiben wortgetreu das ehedem Verabredete, so wird durch seine „Annahme" der Vertrag in keiner Weise berührt. Nur der Vorteil wird dann durch die Annahme der B. Urkunde gewährt, daß der Vertragsinhalt endgültig festgestellt ist und am Vertrage nicht mehr zu rütteln ist. Konstitutive Wirkung entsteht vielmehr erst in dem Falle, wenn das Schreiben Aenderungen von der mündlichen Abrede enthält oder wenn es den Vertragsinhalt ergänzt. Rechtlich sind solche Schreiben Anträge an die Empfänger, sich mit deren Inhalt einverstanden zu erklären; denn das Schreiben hat die Zweckbestimmung, den Vertrag in beiderseitig bindender, unumstößlich beweiskräftiger Form festzulegen.[1]) Für die rechtliche Beurteilung des B. Schr. haben somit die Regeln über die Willenserklärungen Anwendung zu finden.

Das B. Schr. unterliegt stets der Auslegung gemäß § 133 BGB. Hiernach ist nicht an dem buchstäblichen Sinne des Wortes zu haften, sondern der „wirkliche Wille" des Erklärenden zu erforschen. Mit dieser Bezeichnung ist freilich nicht dasjenige gemeint, was die Partei nur beabsichtigte: was sie sagen wollte, aber nicht gesagt hat. Wenn das der wirkliche Wille wäre, den der Richter durch die Auslegung der Erklärung erforschen muß, wären die Regeln über die Anfechtung unnötig.[2]) Der Auslegung ist vielmehr die Erklärung und die sonstigen, der Erklärung vorausgehenden oder sie begleitenden Umstände zu Grunde zu legen. Aber der auf diese Weise zu erforschende Inhalt der We. ist an dem zu orientieren, was wirklich gewollt ist. Der Richter muß bestrebt sein,

---

1) Titze, Mißverständnis, S. 133 Anm. 46; JW. 1925, S. 779 zu Nr. 33; Krause, S. 7; Siller, S. 289; Jakobsohn, Jhr. Jahrb. 56, S. 352; Lewin. S, 12; Beckmann, S. 9, 18; RG. in Recht 1914, Nr. 6; Seuff. Arch. 54, S. 38; 57, S. 386; 62, S. 345 usw.

2) Manigk, We. u. Wgesch., S. 147 ff.; Irrtum und Auslegung S. 189 ff.; Revisibilität der Auslegung von We., S. 147; System, S. 83; Danz, Auslegung S. 4; Enneccerus-Nipperdey, § 192, I, 1, S. 634; RGR.-Kom., § 133, 1; RG. 67, 433; 68, 126; 70, 391; 82, 52; Warneyer, 1912, Nr. 3; 1913, Nr. 395; 1914, Nr. 36.

in der Erklärung den wirklichen Willen zu finden.[3]) „Denn nicht der innere Wille des Erklärenden entscheidet; maßgeblich ist vielmehr der erklärte Wille und bei seiner Auslegung ist unter Berücksichtigung des ganzen Zusammenhanges, insbes. des Gesamtverhaltens der Partei und des wirtschaftlichen Zweckes des R. Gesch. zu ermitteln, wie die Beteiligten ihre Erklärungen nach allgemeinen, im Verkehr zwischen billig denkenden Menschen herrschenden Anschauungen zu verstehen berechtigt sind."[4]) Hilfsmittel für die Auslegung sind die §§ 157 BGB, 346 HGB. Gerade für B. Schr. ist das Institut für Auslegung von Bedeutung, weil meist die Sprache der Kaufleute formelmäßig, typisiert, für den Laien fast unverständlich ist. Als Beispiel seien einige solcher Klauseln angeführt: „Frei ins Fahrzeug längsseits Leichter oder, falls solcher am Kai löscht, längsseits des Kais hier zu liefern"[5]), „wie es reilt und seilt"[6]), „Verkauf mit Lohnklausel und wie die Ware fällt."[7]) Finden sich derartige Formeln in den B. Schr., so ist es Aufgabe des Richters, durch Auslegung unter Beachtung der zwischen Kaufleuten der jeweiligen Branche geltenden Gebräuche zu ermitteln, was der Absender gewollt hat. Auch im Falle der Mehrdeutigkeit ist die Auslegung von Wichtigkeit. Durch Auslegung vermag oft der Richter den wahren Willen des Absenders festzustellen. Geschieht dies, so kann sich der Absender nicht auf eine von ihm behauptete Mehrdeutigkeit berufen, weil nicht allein durch die Erklärung, sondern auch durch die sie begleitenden Umstände sein Wille vermittelt wird.[8]) Der Absender des Schreibens muß demnach seine Erklärung so gegen sich gelten lassen, wie sie nach Treu und Glauben und nach den Anschauungen des Verkehrs von dem Empfänger verstanden werden kann.[9])

Weil das B. Schr. eine We. ist, unterliegt es auch den Regeln über die Irrtumsanfechtung. Das Recht der Anfechtung gemäß 119 BGB ist besonders in den Fällen zu gewähren, wo das B. Schr. durch Angestellte verfaßt wird und diese entweder aus Versehen oder entgegen ihren Anweisungen andere, für den Absender ungünstige Bedingungen aufnehmen. Der Geschäftsherr unterschreibt die ihm zur Durchsicht vorgelegten Briefe, ohne den Irrtum zu merken. Bei derartiger Sachlage kann der Absender seine, in dem B. Schr. liegende We. anfechten, weil er eine Erklärung dieses Inhaltes nicht abgeben wollte. Bedeutsam in diesem Zusammenhang ist die Frage nach einer Abgrenzung des für

---

3) Manigk, We. u. Wgesch., S. 147, 148 u. S. 158; Danz, Auslegung, S. 20ff., S. 27, S. 64; DJZ. 06, S. 1278; Irrt. u. Ausl. S. 193f. und Arch. f. Rsphilos. Bd. 26, S. 370f. (zu Larenz). Ebenso jetzt Enneccerus-Nipperdey I (1931), § 192, S. 634; H. Lehmann, Allg. Teil § 30 VI; J. Goldschmidt, Zivilproz. (1932), S. 224.

4) RG. Bd. 119, S. 24.

5) Hans. Ger. Zeitg. 00, S. 113.

6) OLG., 45, S. 112.

7) Ritter, § 346, 11, S. 464.

8) Manigk, We. u. Wgesch., S 48; Jakobsohn, S. 341; Isay, S. 13.

9) RG. 86, 88; 88, 428; JW. 1911, S. 87; Warn. 1912, Nr. 3; OLG 32, S. 153; v. Seefried, S. 22.

die Auslegung heranzuziehende Tatsachenmaterials von den Umständen, die den Irrtum des Anfechtenden zu beweisen geeignet sind. Die Lösung ergibt sich aus § 133 BGB selbst. Hiernach ist die Willenserklärung auszulegen, d. h. der durch die Erklärung vermittelte Wille ist zu erforschen. Zur Erklärung gehört aber nur das Verhalten, das dem Gegner zugänglich war.[10]) Was der Erklärungsgegner nicht vernehmen konnte und nicht in seinen Wahrnehmungskreis gelangte, kann somit nicht zur Auslegung herangezogen werden. „Solche Umstände bleiben daher der eignen Geltendmachung durch den Erklärenden im Wege der Anfechtung vorbehalten.“ [11]) Ficht aber der Absender an, so ist er gemäß § 122 BGB zum Ersatz des negativen Vertragsinteresses verpflichtet, wenn der Empfänger die ihm durch das B. Schr. gemachte Offerte angenommen hat.

§ 9.

Das Schicksal der in dem B. Schr. liegenden Vertragsofferte auf Aenderung oder Erweiterung des ursprünglichen Vertrages kann nun sein, daß sie von dem Empfänger abgelehnt oder angenommen wird. Durch die Ablehnung bringt der Empfänger zum Ausdruck, daß er mit dem B. Schr., wie es vom Vereinbarten abweicht oder Ergänzungen enthält, nicht einverstanden ist. Geschieht dies, so bleiben die Parteien an das ehedem Verabredete gebunden, weil das B. Schr. nur einen Antrag auf Aenderung ist und nicht die vertragliche Bindung in Frage stellen soll.[12]) Natürlich kommt es im kaufmännischen Verkehr vor, daß die Parteien die Wirksamkeit des Vertrages von dem Wechsel von B. Schr. abhängig machen, bezw. ihn nur unter der aufschiebenden Bedingung gleichlautender B. Schr. als bindend ansehen wollen. Lehnt jetzt ein Empfänger ab, so wird die schon bestehende vertragliche Bindung hinfällig.[13])

Die Ablehnung einer B. Offerte kann entweder durch ausdrückliche Erklärung oder schlüssiges Verhalten erfolgen. So hat z. B. die Rechtsprechung eine Ablehnung darin gesehen, wenn der Empfänger das Schreiben umgehend zurücksandte ohne ein Begleitschreiben hinzuzufügen.[14]) Desgleichen ist in einer Bitte um eine nochmalige Verhandlung eine Ablehnung zu sehen.[15]) Auch dem Schweigen kann in gewissen Fällen die Bedeutung einer Ablehnung zukommen, entsprechend der in § 147 BGB niedergelegten Regel. Dies ist bei B. Offerten dann anzunehmen, wenn das B. Schr. von dem Vereinbarten derart erheblich abweicht, daß die Zustimmung dem Empfänger billigerweise nicht zugemutet werden kann,

10) **Manigk, We. u. Wgesch.**, S. 159 ff.

11) Manigk, We. u. Wgesch., S. 160; Danz, DJZ. 06, S. 1283.

12) Lewin, S. 13; Siller. S. 297; v. Seefried, S. 21; Beckmann, S. 20; RG. 105, S 8 u. 14.

13) **Koenige-Teichmann**, § 346, 4 b.

14) RG. in Seuff. Arch. 62, S. 346; Dür.-Hachb. § 346, Anm. 13; Baumbach, § 346, 5 B; Lewin, S. 13.

15) **RG. in Gruch. 52, S. 1100.**

wenn sich der Absender ihm günstige Bedingungen arglistig zu erschleichen sucht oder wenn er den Gegner mit dem Schreiben „überrumpeln“ will.[16]) Es ist hier auch an die entsprechende Lehre beim Vertragsschluß zu denken.[17])

Nimmt dagegen der Empfänger den B. Antrag an, so erklärt er sich mit dem jeweiligen Inhalt des Schreibens einverstanden oder er bringt damit zum Ausdruck, daß es auch seiner Auffassung nach dem verabredeten Vertragsinhalte entspreche. Es ist zu untersuchen, in welcher Weise eine derartige Zustimmung zu einer B. Offerte, die Abweichungen oder Ergänzungen vom Vereinbarten enthält, auf den ursprünglichen Vertrag einwirkt. Es werden hierzu verschiedene Auffassungen vertreten. Manche Schriftsteller, z. B. Makower, Lewin, v. Seefried, sind der Meinung, daß es sich hierbei um eine Novation handele.[18]) Oder man sagt, daß der Vertrag in seiner alten Gestalt fortbestehe, nur könne gegenüber dem Inhalt des im B. Schr. enthaltenen Vertragsantrages, soweit er angenommen sei, nicht mehr auf das Mündliche zurückgegriffen werden.[19])

Beide Ansichten unterliegen erheblichen Bedenken. Sehr zweifelhaft ist zunächst die Auffassung, daß es sich bei Annahme einer abändernden B. Offerte um eine Novation handeln soll. Die Parteien müßten nämlich dann mit dem B. Schr. das alte Schuldverhältnis aufheben und ein neues haben begründen wollen, da man unter Novation die Neuschaffung einer Schuld versteht, die notwendig verknüpft ist mit der gewollten Aufhebung einer schon Bestehenden. Novation darf daher auch heute gemäß § 305 BGB angenommen werden, wenn die Parteien den entsprechenden Willen, den animus novandi hatten.[20]) Noch andere Gründe sprechen gegen die Annahme einer Novation. Wären z. B. Vorzugsrechte bei der Begründung der ursprünglichen Schuld vereinbart worden, etwa eine Bürgschaft oder ein Pfandrecht zur Sicherung des kreditierten Kaufpreises, so würden diese Rechte mit Annahme der B. Offerte erlöschen, wenn die Annahme nicht mit der ausdrücklichen Zustimmung des Bürgen oder Pfandeigentümers erfolgt. Denn die alte Schuld wird durch die Novation beseitigt und damit müßten die Sicherungsrechte untergehen.[21]) Mit derartigen Konsequenzen würden sich die Parteien nicht einverstanden erklären.

Abzulehnen ist auch die andere, oben wiedergegebene Ansicht. Hiernach müßte neben den mündlich perfekt abgeschlossenen Vertrag mit Annahme des B. Schr. ein neuer Bestätigungsvertrag treten. Weil aber

---

16) RG. 95, 50; 103, 98; LZ. 23, 344; 27, 997; Gruch. 71, S. 253; Warn., 1922, Nr. 92; Dür.-Hachb.. § 346, Anm. 13; Koenige-Teichmann, § 346, 4 b; Simonson, Z. Bl. H. R. 1927, S. 42; Neufeld-Schwarz, § 346, Anm. 33; Staub-Pinner, § 372 Anhang, Anm. 38.

17) Manigk, Iher. Jahrb. 75, 146 ff. (bei arglistigem Einfügen einer neuen Klausel in den schriftlichen Vertragsentwurf.)

18) Makower, Bd. 2, S. 984; v. Seefried, S. 21/22; Lewin, S. 19.

19) Lewin, S. 13.

20) Enneccerus-Lehmann, § 75, III, A.

21) Enneccerus-Lehmann, § 75. III, S. 271 (1932).

nach jener Auffassung auf den ursprünglichen Vertrag nicht mehr zurückgegriffen werden darf, müßten die Parteien aus dem B. Vertrag klagen. Demnach würde der ursprüngliche Vertrag neben dem B. Vertrag eine naturalis obligatio bewirken, die, wenn sie nicht ewig bestehen soll, in ihrem Bestande von dem B. Vertrage abhängig wäre. Diese Auffassung ist gekünstelt und widerspricht dem Leben. Ein Kaufmann wird nicht aus einem B. Vertrag klagen, sondern aus dem ursprünglichen Vertrag, sich dabei aber auf Aenderung durch das unwidersprochen gebliebene B. Schr. berufen.

Richtig dürfte allein folgende Auffassung sein. Der Richter hat zunächst festzustellen, ob die Parteien bei Zusendung und Annahme des Schreibens den animus novandi hatten, d. h. ob sie den alten Vertrag aufheben und an seine Stelle den B. Vertrag setzen wollten. Liegen die besonderen und durchaus nicht üblichen Voraussetzungen einer Novation nicht vor, so handelt es sich um eine durch den B. Vertrag geschaffene Inhaltsänderung des ursprünglichen Vertrages im Sinne des § 305 BGB, gleichgültig ob sie durch falsche Wiedergabe oder durch Ergänzung des Vereinbarten erfolgt. Rechtlich bleibt bei solchen Inhaltsänderungen die alte Obligatio bestehen [22]), sodaß sie im Gegensatz zur Novation keinen Einfluß ausübt auf den Bestand von Vorzugsrechten. Diese Auffassung dürfte am besten der Verkehrsauffassung entsprechen.

Die Annahme der B. Offerte kann durch ausdrückliche Erklärung vollzogen werden, wie durch schlüssiges Verhalten. Ausdrückliche Erklärung ist im Handelsverkehr zu bevorzugen, da sie den Anforderungen des geschäftlichen Lebens und auch den Interessen des Absenders gerecht wird. Der Absender des Schreibens wird besonders bei Geschäften, die in absehbarer Zeit abzuwickeln sind, seine Leistung schon erfüllungsfertig machen. Er hat daher ein großes Interesse daran zu wissen, ob sein Gegner sein B. Schreiben billigt. Die ausdrückliche Annahme unterliegt als W. E. den Vorschriften über die Auslegung, den §§ 133, 157 BGB, wie einer verkehrsmäßigen Beurteilung im Sinne des § 146 HGB. Die Annahme kann als We. auch wegen Irrtums angefochten werden. Vor allem bedeutsam sind hier die Fälle, in denen sich der Empfänger über eine unter Kaufleuten seiner Branche bestehende Verkehrssitte geirrt hat. Ein Beispiel soll zur Erläuterung dienen. Einem Kaufmann ist ein B. Schr. mit der Formel: glückliche Ankunft der Ware vorbehalten, zugegangen. Deren Bedeutung ist ihm nicht ganz klar. Er versteht darunter fälschlich, daß glückliche Ankunft der Ware erwartet würde. In Wirklichkeit meint aber der Absender — wie es besonders im Ueberseehandel üblich ist — daß der Kaufvertrag unter der auflösenden Bedingung der Ankunft und eines unbeschädigten Empfanges der Ware geschlossen sein solle.[23]) Der Empfänger, der diesen Erklärungswert der Formel nicht kennt, telegrafiert seine Zustimmung zurück. Dennoch muß er, wie immer, die dargelegte verkehrsmäßige Bedeutung des Ausdruckes gegen sich gelten

22) Enneccerus-Lehmann a. a. O.
23) RG 93, 171; 95, 246; 98, 141; Recht 1921, 1441.

lassen, denn die Handelssitte bindet auch denjenigen, der sie nicht kennt.[24]) Sie schöpft ihre Wirksamkeit nicht aus dem Willen der Partei. „Sie erzwingt ihre Geltung vielmehr ohne und gegen diesen Willen." Somit wird die unter Kaufleuten gewöhnlich bekannte Bedeutung der Klausel zum Bestandteil der We.[25]) Kann aber jetzt der Empfänger seine Annahmeerklärung anfechten, weil sie mit seinem wirklichen Willen nicht konform war? Diese Frage wird allgemein bejaht[26]), denn es handelt sich um einen echten Irrtum im Sinne von § 119, Abs. 1 BGB. Eine Erklärung dieses Inhalts wollte ja der Empfänger nicht abgeben.

Wird nun die Annahme der B. Offerte durch schlüssiges Verhalten vollzogen, so ist sie je nach der Art, wie sie erfolgt, verschieden zu beurteilen. In manchen Fällen geschieht sie gemäß § 151 BGB.[27]) Dies ist z. B. dann der Fall, wenn der Empfänger des Schreibens sofort mit der Erfüllung des Vertrages beginnt und sich dabei nach den in dem Schreiben vermerkten Bedingungen richtet.[28]) In derartigen Fällen handelt es sich um ein Willensgeschäft im Sinne der Manigk'schen Lehre[29]), und nicht, wie die h. M. geltend macht, um eine stillschweigende We. Das Verhalten des Empfängers, aus dem der Annahmewillen geschlossen wird, dient hier nicht dem Zwecke, dem Gegner damit einen rechtsgeschäftlichen Willen kundzugeben. Der Wille wird vielmehr durch Erfüllungshandlung auch dritten gegenüber betätigt. Aus diesem Grunde lassen sich die bezeichneten Vorgänge nicht als We. bezeichnen. Sie sind als Willensgeschäfte anzusehen. Desgleichen kann sich die Annahme darin zeigen, daß der eine Vertragsteil nach Empfang des Schreibens eine Faktura zusendet und darin implicite auf den B. Brief Bezug nimmt.

Auch das Schweigen auf eine B. Offerte kann deren Annahme bedeuten. Hier liegen die Hauptprobleme des konstitutiven B. Schr. Ihnen ist ein besonderer Abschnitt zu widmen.

---

24) Manigk, Irrt. u. Ausl. S. 146 ff., 219 ff.; Oertmann, Rechtsordnung u. Verkehrssitte, S. 66; Titze, Mißverständnis S. 136; Staub. § 346, Anm. 9; Laband, ZHR. 17, S. 497; RG. 69, 125; JW. 07, S. 149.

25) Dür.-Hachb., § 346, Anm. 13; Laband, S. 496 ff.; Beckmann, S. 7.

26) Dür.-Hachb., § 346, Anm. 3; Titze, S. 470 ff.; Danz, Auslegung, S. 111, S. 139 ff.; Krause, S. 17; Enn.-Nipperdey, § 193, III; Staub.-Bondi, Allgem. Einl., Anm. 34.

27) Dür.-Hachb., § 346, Anm. 13; Lewin, S. 13.

28) RG. in Holdheim, 1916, 202.

29) vgl. Manigk, We. u. Wgesch., S. 305 ff., 348.

E) Das Schweigen auf ein konstitutives Bestätigungsschreiben.

§ 10.

Dem Schweigen eines Kaufmannes auf ein konstitutives B. Schr. legt der Handelsverkehr in der Regel die Bedeutung der Einwilligung in dessen Inhalt bei. In die Rechtssprache übertragen, heißt das: Schweigen ist wertgleich einer ausdrücklichen Annahmeerklärung und bringt einen B. Vertrag zum Abschluß, der den Inhalt des ursprünglichen Vertrages gemäß § 305 BGB verändert. Derartige Behandlung des Schweigens ist im Interesse einer schnellen, sicheren Abwicklung der Geschäfte gerechtfertigt. Wäre unter Kaufleuten das Schweigen stets als Ablehnung aufzufassen, wie es nach bürgerlichem Recht die Regel ist (§ 147), so würde das eine unerträgliche Belastung des Verkehrs sein. Besonders nachteilig würde sich ein solcher Satz bei den Geschäften auswirken, die eine schnelle Vollziehung erforderlich machen, z. B. bei Börsengeschäften oder bei solchen, die in der Preisfrage von Tageskursen abhängig sind. Dadurch würde eine erhebliche Rechtsunsicherheit entstehen und ein reges Geschäftsleben hemmen. Dies ist der Grund, weshalb der kaufmännische Verkehr von der sonstigen rechtlichen Beurteilung des Schweigens Abstand genommen hat. Im Handelsrecht besteht aber keineswegs ein allgemeiner Rechtssatz, daß Schweigen auf einen gemachten Antrag dessen Annahme darstellt. Auch hier darf, soweit nicht durch Gesetzesvorschriften oder durch Handelsbrauch etwas anderes normiert wird, Schweigen regelmäßig nur als Ablehnung gelten.[1])

Auch im gemeinen Recht war dieser Satz anerkannt: qui tacet, consentire non videtur. Diese Regel wurde jedoch in der Weise eingeschränkt, daß qui loqui debuit et potuit als zustimmend betrachtet wurde.[2]) Genau so war der Standpunkt des Pr. A. L. R. Dort findet sich die Vorschrift: „Schweigen ist an sich eine Ablehnung, gilt aber als Zustimmung, wenn man reden konnte und nach der Bestimmung der Gesetze reden mußte.“[3]) Dieser Gedanke hat auch in der ADHGB Eingang gefunden und ist z. B. in Art. 323 zum Gesetz erhoben worden. In bedeutendem Umfang ist aber jener Grundsatz durch die Praxis der Kaufleute einge-

---

1) Dür.-Hachb., § 346, Anm. 13; v. Thur, Bd. 2, 1, S. 421, Anm. 123; Lewin, S. 15; OLG. 41, 214.

2) Der Satz stammt aus dem kanonischen Recht; c. 43 in to de R. J. 5, 12.

3) Pr. A. L. R., I. Tit. 1, § 61.

schränkt worden. Das beweisen zahllose Entscheidungen des ROHG.[4]) In ihnen bringt das Gericht unter Berufung auf Art. 279 ADHGB zum Ausdruck, „daß das Schweigen eines Contrahenten seinem Mitcontrahenten gegenüber dann als Zustimmung gilt, wenn die zurückgehaltene Mitteilung im erheblichen Maße geeignet ist, die ferneren Schritte des anderen Teiles zu bestimmen, sodaß eine gegenteilige Rechtsentscheidung eine Verletzung der den Handelsverkehr beherrschenden bona fides enthalten würde.“ [5]) Die Bedeutung, die früher der Art. 279 ADHGB genaß, kommt heute § 346 HGB zu. Wenn heute unter Kaufleuten das Schweigen auf ein B. Schr. als Zustimmung gewertet wird, so handelt es sich dabei nicht um eine Gesetzesnorm, sondern nur um einen Handelsbrauch. Aber durch § 346 wird diesem Handelsbrauch eine für den Kaufmann gesetzesähnliche Kraft verliehen, nämlich dadurch, daß diese Bestimmung den Richter zur Anerkennung des Brauches zwingt.

§ 11.

Bevor von der rechtlichen Bedeutung des Schweigens gesprochen werden kann, muß dargestellt werden, unter welchen Umständen das Schweigen als Zustimmung gilt. Weil nach Handelsbrauch das Schweigen im vorliegenden Fall Annahme der B. Offerte bedeutet, ist es angebracht, zunächst die Bedeutung des Schweigens im Allgemeinen klarzustellen.

Voraussetzung dafür, daß Schweigen als Anerkennung des B. Inhaltes gelten kann, ist das Zugehen der B. Offerte. Dies folgt aus § 130 BGB, wonach eine We. erst mit dem Zeitpunkte des Zugehens wirksam wird. Erst von diesem Augenblick an kann daher die Offerte angenommen werden. War somit dem Gegner das an ihn abgesandte Schreiben nicht zugegangen, so kann in seinem Schweigen keine Annahme des B. Antrages liegen.[6]) Zugegangen ist das Schreiben dann, wenn es in den Machtbereich des Empfängers gekommen ist und wenn er sich bei normaler Gestaltung der Verhältnisse Kenntnis von dem Inhalt des Schreibens verschaffen kann.[7]) Trotz räumlicher Nähe wird es oft am Zugang der Erklärung fehlen. Dies z. B. dann, wenn das B. Schr. in einer Warensendung so verborgen war, daß die Auffindung erschwert oder normalerweise verzögert werden mußte. Ist aber das Schreiben einer im Geschäft des Empfängers angestellten Person ausgehändigt worden, so hat regelmäßig ein Zugang stattgefunden.[8])

Desgleichen greift der Satz: Schweigen gilt als Annahme, dann nicht rechtsbegründend ein, wenn das Schreiben unklar und widerspruchsvoll abgefaßt war. Als zustimmend kann der Empfänger nur dann angesehen

---

4) ROHG, I, 81; II, 91, 117; III, 113, 116, 426; IV, 205; XI, 432; XII, 98; XIV, 11, 426; XV, 94; XIX, 3; XXIV, 195.

5) ROHG., XXIV, S. 195.

6) Dür.-Hachb., Bd. III, Allgem. Einleitung, Anm. 14, S. 16; RG. 54, 182; 103, 405; DJZ. 06, 264.

7) Enn.-Nipperdey, § 149, II, 1.

8) RG. 54, S. 182.

werden, wenn er die Möglichkeit hatte, den Willen des Absenders zweifelsfrei zu erkennen.[9]) Auch B. Schr. mit widersinnigen Bedingungen dürfen vom Empfänger unbeachtet gelassen werden, ohne daß dieser durch sein Schweigen Rechtsnachteile erlitte.[10]) Es muß aber der Absender bei Auffassung des B. Briefes vor allem gutgläubig gewesen sein. Das B. Schr. darf nicht bewußte Abweichungen vom Vereinbarten enthalten, die dazu dienen sollen, den vertrauenden Gegner zu hintergehen oder ihm ungünstige Bedingungen aufzudrängen. Hat z. B. der Absender des B. Schr. dessen Inhalt willkürlich verändert oder erfunden, sodaß er nach Treu und Glauben mit einer Zustimmung des Gegners nicht rechnen konnte, so liegt in dem Schweigen keine Annahme der B. Offerte.[11]) In solchen Fällen ist der Absender arglistig und es würde den Grundsätzen von Treu und Glauben widersprechen, den Gegner bei seinem Schweigen als zustimmend zu behandeln.[12])

Klauseln über Erfüllungsort, Gerichtsstand, Art der Bezahlung, Garantie und Ausschluß der Garantie, Reklamationsfrist, Berechnung und Rücksendung der Verpackung dürfen nicht an leicht übersehbaren Stellen und nicht in zu kleinem Drucke vermerkt sein. Andernfalls können sie dem Empfänger, wenn er geschwiegen hat, nicht wirksam entgegengehalten werden.[13])

Besondere Bedeutung genießen im kaufmännischen Leben allgemeine Geschäftsbedingungen. Auf sie wird im B. Schr. häufig Bezug genommen. Sie gelten aber nur dann als zum Inhalt des Vertrags erhoben, wenn sie dem Empfänger wirklich zugängig waren und in dem B. Schr. erwähnt wurden. Abdruck auf der Rückseite wird vom RG als nicht genügend bezeichnet, wenn nicht im Schreiben selbst auf sie hingewiesen wurde. In all den erwähnten Fällen hat das Schweigen keine rechtserzeugende Kraft. Sie müssen also für die folgende Darstellung ausgeschieden werden, denn bei ihnen gilt Schweigen nicht als Zustimmung, sondern als Ablehnung.

§ 12.

Mit der Feststellung, wann Schweigen die Bedeutung der Zustimmung hat, ist Boden gewonnen für die rechtliche Beurteilung des Schweigens. Ist das Schweigen eine stillschweigende We.? Die Antwort hierauf ist nicht nur von dogmatischem Wert, sondern hat erhebliche praktische Tragweite. Das zeigt sich z. B. darin, daß die Möglichkeit einer Anfechtung des Schweigens von manchen Schriftstellern schlechthin verneint,

9) RG. 58, 66; LZ. 1927, 609; OLG. 41, 213; Seuff. Arch. 76, 77.

10) RG. in Gruch. 62, S. 372.

11) Dür.-Hachb., § 346, Anm. 13; Neufeld-Schw. § 346, 33, 34; Simonson, ZBlHR, 1927, S. 43; Koenige-Teichm., § 346, 4 b; Lewin, S. 23; Beckmann, S. 21; RG. 54, 181; 95, 45 ff.; 101, 75; 103, 98; 129, 347; LZ. 1923, 344; 1927, 997; LZ. 1929, 189; Warn. Rspr. 1922, Nr. 92.

12) Die entsprechende Frage begegnet beim Vertragsschluß überhaupt. Dazu Manigk, Iher. Jahrb. 75, 146 ff.

13) v. Seefried, S. 28; OLG. (Dresden) 33, 23.

von anderen ohne Bedenken angenommen wird.[14]) Letztere gehen von der Voraussetzung aus, daß das Schweigen eine stillschweigende We. darstelle, während die Gegner der Anfechtung eine We. leugnen. Andere Schriftsteller versuchen, das Schweigen gemäß § 133 BGB auszulegen, vergessen aber dabei, zunächst das Schweigen als We. zu beweisen.[15]) Man kommt somit zu keiner Lösung der aufgeworfenen Probleme, wenn nicht zuvor das Schweigen in das System der juristischen Handlungen eingeordnet wird.

Zunächst sei eine Darstellung der bisher vertretenen Ansichten vorausgeschickt. Es soll begonnen werden mit der Stellungnahme des ROHG. Dieser Gerichtshof hat in dauernder Rechtsprechung entschieden, „daß das Schweigen eines Contrahenten ihm dann zum Nachteile gereichen würde, wenn die zurückgehaltene Mitteilung geeignet war, die Schritte des anderen Teiles zu seinen Ungunsten zu bestimmen.“[16]) Ob das Schweigen eine We. ist, bezw. ob ein Wille des Schweigenden erforderlich ist, bleibt unerwähnt. Allein auf die objektive Tatsache des Schweigens wird abgestellt und noch darauf, ob etwa der Gegner aus dem Schweigen einen rechtsgeschäftlichen Schluß ziehen konnte. So sind die Worte: „ob das Stillschweigen geeignet war, die ferneren Schritte des Gegners zu bestimmen“, zu verstehen. Denselben Standpunkt vertritt in der Folgezeit auch das RG, indem es den in ROHG 24, S. 195 formulierten Satz übernimmt.[17]) Auch in dem Urteile des RG vom 4. 5. 1894 wird jener Satz herangezogen. In dieser Entscheidung taucht aber noch ein ganz neuer Gedanke auf. Nur dann könne der Empfänger als zustimmend angesehen werden, wenn er den „Sinn“ des ihm zugegangenen B. Schr. erkannt habe. „Faßt der Schweigende aber die ihm zugegangene Erklärung in anderem Sinne auf, sei es auch in Folge von Nachlässigkeit, so ist der Schluß, daß er durch sein Schweigen seine Einwilligung erklären wollte, ungerechtfertigt.“ Es wird das Schweigen nur dann als Zustimmung aufgefaßt, wenn der Schweigende durch sein Verhalten seinen rechtsgeschäftlichen Willen erklären wollte.[18]) Man stellt also dabei auf den Willen ab und faßt das Schweigen, wenn es rechtserzeugend wirkt, als stillschweigende We. auf. Auf dieser Linie ist jedoch das RG nicht weitergegangen. In Bd. 54, S. 176 ff.[18]) ist eine Entscheidung mitgeteilt, die genau zeigt, daß es nunmehr nach Ansicht des RG auf den Willen, der hinter dem Schweigen steckt, nicht ankommt. Ein Kaufmann hatte einen B. Brief ungelesen in die Tasche gesteckt, und er beruft sich nun auf die fehlende Kenntnis des B. Inhaltes. Das RG führt aus, „daß ein derartiges Verhalten mit Rücksicht auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche kraft der gesetzlichen Vorschrift des § 146

14) RG. 54, S. 176; 103, 405; RG. in Warn. 1910, S. 233; Neufeld-Schwarz, § 346, Anm. 34: Baumbach, § 346, 5, B.
15) Beckmann, S. 5.
16) ROHG. XXIV, S. 195. Vgl. auch oben, S. 26, Anm. 4.
17) RG. 30, S. 62.
18) Aehnlich RG. in OLG 19, S. 392; vgl. Krause, S. 12.

HGB die Bedeutung und Wirkung einer Zustimmung selbst dann haben könne, wenn in Wirklichkeit bei dem Schweigenden ein entsprechender Wille nicht vorhanden ist." Begründet wird dieser Satz in der Weise, daß es eine Verletzung der Gewohnheiten und Gebräuche des kaufmännischen Verkehres darstelle, wenn ein Kaufmann ein ihm zugegangenes B. Schr. nicht liest und sein mangelndes Einverständnis nicht rügt, wie es die Handelssitte von ihm fordert. Aus gleichen Gründen nimmt das RG an, daß das Schweigen in dem Falle als Zustimmung gewertet werden müsse, wenn sich der auf Reisen befindliche Kaufmann die in seine Wohnung eingegangenen Geschäftsbriefe nicht habe nachsenden lassen und daher von dem Schreiben keine Kenntnis nehmen konnte.[19]) Darin zeigt sich immer deutlicher, daß das RG allein den objektiven Tatbestand des Schweigens als Grund für den Eintritt der Zustimmungswirkung ansieht. Von subjektiven Momenten wird vorerst ganz abgesehen. Jedoch in späteren Entscheidungen wird auf Verschulden des Empfängers abgestellt.[20]) Wenn der Beklagte dem Absender des Schreibens keine rechtzeitige Antwort habe zugehen lassen, so dürfe eine Zustimmung nur dann angenommen werden, wenn das Unterlassen der Antwort „auf schuldhafter Verzögerung beruhe."

Aehnlich ist der Standpunkt des RG in einem Urteil Bd. 97, S. 105, wo gesagt wird, daß das Schweigen des Empfängers dann nicht als Zustimmung gilt, wenn dieser irrtümlich annimmt, daß sich der Inhalt des Schreibens mit seinem vorher geäußerten Willen decke. Aber auch diesen Standpunkt hat das RG wieder verlassen, wie die Entscheidung in Bd. 103, S. 405 beweist. Es kommt immer mehr zu der extremsten Möglichkeit, die Rechtswirkung allein aus der objektiven Tatsache des Schweigens abzuleiten und keinen Wert mehr darauf zu legen, ob die eine Kenntnis des Schreibens voraussetzende Wahlmöglichkeit, zu antworten oder zu schweigen, auf Schuld beruht. Eine verklagte G. m. b. H. hatte sich auf den Einwand versteift, daß niemand des vertretungsberechtigten Geschäftspersonals das Schreiben gelesen habe. Dieser Einwand wird vom RG mit folgenden Worten zurückgewiesen: „Den Erfordernissen des redlichen Geschäftsverkehrs entsprechend würde ihr Schweigen selbst dann als Zustimmung gegolten haben, wenn keine der zu ihrer Vertretung berechtigten Personen von dem Eingang und dem Inhalte des B. Schr. Kenntnis erlangt haben sollte, mochte die Nichterlangung der Kenntnis verschuldet sein oder nicht."

Aber das RG hält, wenn es auch für den Eintritt der Rechtsfolge allein den objektiven Tatbestand des Schweigens für maßgeblich ansieht, immer noch an der Ansicht fest, daß es sich hier um eine stillschweigende We. handele. Hierzu wird es, ohne doktrinäre Bedenken zu haben, deshalb bewogen, weil nach den „Erfordernissen von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs" dem Schweigenden sein Verhalten

19) RG. in DJZ. 1906, S, 264; ähnlich RG. 105, S. 389.
20) RG. in Warn. 1910, S. 233.

zugerechnet werden müsse.[21]) Dieser Satz ist auch richtig, und das RG wird damit einem Bedürfnis nach Rechtssicherheit gerecht. Es fragt sich aber nur, ob der Gesichtspunkt der Zurechnung geeignet ist, dieses Schweigen zu einer echten stillschweigenden We. zu stempeln. Hierüber wird später zu sprechen sein. Das RG gewährt nun, seine Ansicht konsequent durchführend, dem Schweigenden das Recht der Anfechtung, sofern nur die Voraussetzung der Gutgläubigkeit des Absenders erfüllt war und der Empfänger „mangels Kenntnis des Vertragsschlusses und des Zugehens (des Schreibens) eine Erklärung überhaupt nicht hat abgeben wollen." [22]) Dem muß entgegengehalten werden, daß hierin dennoch eine Inkonsequenz liegt. Wenn nämlich das RG sagt, daß es auf den Willen schlechthin nicht ankomme, sondern die Rechtsfolge allein auf Grund des Schweigens und nicht auf Grund des Wollens eintritt [23]), dürfte bei folgerichtiger Durchführung dieses Gedankens auch der Wille nicht die Kraft besitzen, die schon eingetretene Rechtsfolge später durch Anfechtung wieder zu vernichten. Es ist auch augenfällig, daß kein Fall bekannt ist, in dem das RG wirklich dem Schweigenden das Recht der Anfechtung gewährt hätte.

Im Schrifttum sind die Ansichten geteilt. Wohl den ersten kritischen Versuch, das Schweigen auf ein B. Schr. unter den Begriff der stillschweigenden We. einzuordnen, unternahm Ehrlich.[24]) Er geht davon aus, daß unter Kaufleuten das Zusenden von B. Schr. üblich sei. In Anerkennung dieses Brauches habe das ROHG wiederholt betont, daß „die längere Nichtbeantwortung eines solchen Schreibens an sich (ohne jede weitere Voraussetzung) eine Genehmigung desselben bedeute, da in diesem Falle das Prinzip von Treu und Glauben zur unverzüglichen Beantwortung verpflichtet."[25]) Ehrlich findet aber, daß in diesem Falle, wo eine Pflicht zur Erklärung besteht, eine Zustimmungserklärung gewissermaßen nur zur S t r a f e angenommen wird. Er kommt im Ergebnis dazu, daß es sich in unserem Falle gar nicht um eine echte stillschweigende We. als Abart der ausdrücklichen handelt, sondern daß die Genehmigung durch Schweigen eine Folge der verletzten Pflicht zur Aeußerung sei.[26])

Einen anderen Weg zeigt Jakobsohn.[27]) Er weist daraufhin, daß es im Gesetz Fälle gebe, in denen, ebenso wie bei den B. Schr., das Schweigen als Annahme gilt. Besonders denkt er dabei an § 362 HGB. In derartigen Fällen sei der vom Gesetz anerkannte Vertrauensschutz des Offerenten ein definitiver: „er kann also nicht durch Anfechtung wieder rückgängig gemacht werden." [28]) Jakobsohn warnt aber davor, derartige Be-

---

21) RG. 103, 405; ähnliche Argumentation bei Dür.-Hachb. allgem. Einleitung vor § 343, Anm. 14; § 346, 13 u. 6.
22) RG. 129, S. 347 ff.; 103, S. 405.
23) RG. 54, S. 179 ff.
24) Ehrlich, Die stillschweigende Willenserklärung, S. 188.
25) ROHG. XI, 435; XV, 96; XIV, 372; XIX, 122.
26) Ehrlich, S. 286 ff.
27) Jakobsohn, Iher. Jahrb., Bd. 56, S. 353 ff.
28) Jakobsohn, S. 355.

stimmungen im Falle des B. Schr. analog anzuwenden. „Man würde wieder zu weit geführt werden." Im Ergebnis kommt er dazu, dem Schweigenden das Anfechtungsrecht zu gewähren, weil dies dem Standpunkt des BGB entspreche, das dem Irrenden die Möglichkeit der Anfechtung gebe selbst ohne Rücksicht auf etwaige Fahrlässigkeit. Dabei ist sich Jakobsohn dessen bewußt, daß es sich bei dem Schweigen meist nicht um eine Erklärungshandlung unter Kundgebungszweck handelt.[29]) Er fordert daher, um diesem Einwand zu entgehen, für den Begriff der We. nicht den Kundgebungszweck als subjektive Voraussetzung des sich erklärend Verhaltenden. Er hält vielmehr eine We. dann für gegeben, wenn objektiv das Verhalten in dem Rechtsgenossen die Vorstellung wachruft, an ihn sei eine We. gerichtet.[30]) Er betrachtet somit das Problem der stillschweigenden We. lediglich unter dem Gesichtspunkt der Zurechnung und eines berechtigten Vertrauensschutzes. Damit ist ihm aber derselbe Einwand entgegenzuhalten, der oben gegen die Argumentation des RG vorgebracht wurde. Er verwechselt ebenso wie das RG zwei Fragen: was ist eine echte (vorsätzliche) We.?, und wann muß ein Verhalten einer Person aus Verkehrsrücksichten als We. zugerechnet werden?[31]) Jakobsohn berührt hier also das Problem der fahrlässigen, ungewollten We. und begeht den Fehler, daß er den legalen Begriff der We. allein nach der durch notwendigen Vertrauensschutz gerechtfertigten Zurechnung eines Verhaltens orientiert. Das, was er für eine ungewollte We. als Mindesterfordernis feststellt, hält er auch für den legalen Begriff der We. schon für genügend. Deshalb mußte er zu dem Ergebnis kommen, daß das Schweigen auf ein B. Schr. in allen Fällen eine stillschweigende We. darstellt und daß Anfechtung möglich ist.[32])

Gänzlich anders geartet ist wiederum der Lösungsvorschlag, den v. Tuhr gibt. Er behandelt den Fall, daß einem Kaufmann ein Schreiben zwar zugegangen ist im Sinne des § 130 BGB, aber dieser hiervon keine Kenntnis erlangt hat. Weil nun der Kaufmann wegen fehlender Kenntnis mit seinem Schweigen nichts erklären konnte, noch wollte, folgert er, daß in diesem Falle das Schweigen nur scheinbar konkludent sei und demnach noch den Gegenbeweis offen lasse.[33]) Damit steht seine Auffassung aber in krassem Gegensatz zu den Bedürfnissen des Verkehrs, der im Interesse der Rechtssicherheit das Schweigen als zustimmende We. zurechnet ohne Rücksicht auf den Willen oder die Kenntnis des Bestätigungsinhaltes.

Mit einer Fiktion hilft sich Siller.[34]) Er spricht sich mit aller Entschiedenheit gegen eine Anfechtung des Schweigens aus, da der Satz

---

29) **Jakobsohn**, S. 348 ff.
30) **Jakobsohn**, S. 392, 365 ff.
31) Manigk, System, S. 60, 86; Irrtum u. Auslegung, S. 115, 215 ff., 246ff. 260; Beiträge zum Wirtschaftsrecht, S. 632 ff.; Krause, S. 13; Harr, S. 58 ff.
32) **Manigk**, S. 86 ff., **Beiträge**, S. 633.
33) **v. Tuhr**, II, 2, S. 422.
34) **Siller**, Jur. Rdsch. 1927, S. 296, JW. 1931, 3083.

„Schweigen gilt als Zustimmung" eine Fiktion sei. Dies deshalb, weil die Rechtsfolge eintrete, ohne Rücksicht darauf, ob sie gewollt war oder nicht. Voraussetzung für die Bildung eines Irrtums und damit für die Irrtumsanfechtung sei Kenntnis des Bestätigungsinhaltes. „Wer ein B. Schr. überhaupt nicht liest, kann auch bei Unterlassung der Ablehnung nicht durch Irrtum beeinflußt werden." Da es aber — worüber in der Wissenschaft ziemliche Uebereinstimmung besteht — unerheblich sei, ob der Empfänger das Schreiben tatsächlich gelesen habe oder nicht, dagegen aber erst die Kenntnis des Bestätigungsinhaltes eine Willensbildung und einen Irrtum ermögliche, komme es auch nicht darauf an, ob der Empfänger die Ablehnung gewollt oder ungewollt unterlassen habe. Irrtumsanfechtung sei folglich nicht zulässig, da das Schweigen nicht eine abgegebene, sondern eine unterlassene We. sei. Die Rechtsfolge der Annahme des B. Schr. werde vielmehr geschaffen durch eine im Handelsverkehr herausgebildete Fiktion.[35])

Das Ergebnis, zu dem Siller kommt, befriedigt wohl am ehesten. Die Art seiner Beweisführung ist aber nicht zu billigen. Siller vertritt das Willensdogma. Er geht jedoch fehl, wenn er Kenntnis des Bestätigungsinhaltes als Voraussetzung für eine Irrtumsbildung verlangt. Wer z. B. einen Bestellschein ungelesen unterschreibt in dem Glauben, daß er mit dem Inhalt der von ihm sonst unterschriebenen Bestellscheinen identisch sei, befindet sich sicher im Irrtume. Genau so ist der Fall gelagert, daß jemand ein B. Schr. nicht durchliest und deshalb bewußt schweigt, weil er im Glauben ist, es enthielte den Inhalt der früheren Vereinbarung. Auch in diesem Falle ist der Empfänger, falls die Urkunde von den Vereinbarungen abweicht, im Irrtum über den Inhalt der durch sein Schweigen abgegebenen Zustimmungserklärung.[36]) Die Argumentation Sillers beruht also auf einem Trugschluß. Wenn im Falle des Nichtlesens das Schweigen dennoch als Zustimmung aufgefaßt werden muß, so ist damit noch nicht bewiesen, daß Irrtumsanfechtung unzulässig ist. Wir hatten gesehen, daß Kenntnis des B. Inhaltes nicht eine notwendige Voraussetzung einer Irrtumsbildung ist. Siller, der dies jedoch fälschlich annimmt, kommt so zu der unrichtigen Folgerung, daß eine Irrtumsanfechtung bei Unkenntnis des B. Inhaltes sinnwidrig und demnach unmöglich wäre. Wenn er im Anschluß an diese Behauptung die Zustimmungswirkung des Schweigens mit einer gewohnheitsrechtlichen Fiktion erklärt, weil ein anderer Rechtsgrund nicht vorhanden sei, so geht seine Gedankenfolge von falscher Voraussetzung aus. Denn er hat nicht in überzeugender Weise dargetan, daß eine Anfechtung des Schweigens wegen fehlender Kenntnis des B. Inhaltes unmöglich ist.

Im Vorteil sind diejenigen Schriftsteller, die von der Erklärungs-

---

35) Siller, JW. 1931, 3083.

36) Das KG. nennt zwar den Fall, daß jemand eine Urkunde, dessen Inhalt er zu kennen glaubt, irrtümlich unterschreibt, einen Motivirrtum (OLG. 19, S. 392). Meist wird aber in solchen Fällen ein Geschäftsirrtum nach § 119, I angenommen. So Enn.-Nipperdey, § 157, I, 2a u. Anm. 6 mit zahlreichen Literaturnachweisen.

theorie ausgehen. Dieser Theorie folgend müßte man das Schweigen auf ein B. Schr. ohne Bedenken als We. bezeichnen.[37]) Eine We. ist nach dieser Lehre ein „Verhalten einer Person, welches nach der Erfahrung des Verkehrs und unter Würdigung aller Umstände den Schluß auf einen bestimmten Willen gestattet, ohne Rücksicht darauf, ob dieser Schluß im einzelnen zutrifft, d. h. ob also wirklich ein solcher Wille bei der betreffenden Person vorhanden ist." [38]) Weil nun unter Kaufleuten das Schweigen schlechthin als Zustimmung gewertet wird, gestattet es also den Schluß auf den Willen, daß der schweigende Empfänger den Inhalt der B. Offerte billige. Demnach wäre, wenn man der Erklärungstheorie folgt, das Schweigen eine stillschweigende We., die der Anfechtung unterliegen würde, selbst dann, wenn sich im Einzelfalle der Schluß auf den Zustimmungswillen als Fehlschluß erweist.[39]) — Das Gesetz steht aber nicht auf dem Boden der Erklärungstheorie in dieser extremen Formulierung.

§ 13.

Um für die Fragestellung: „Ist das Schweigen auf ein B. Schr. eine stillschweigende We.?" einen sicheren Boden zu haben, muß kurz auf den Gegensatz zwischen Erklärungstheorie und Willenstheorie eingegangen werden. Ohne Klärung dieses Meinungsstreites kann dem Versuch, das Schweigen auf ein B. Schr. in das System der juristischen Handlungen einzuordnen, kein Erfolg beschieden sein.

Die soeben wiedergegebene Difinition der Erklärungstheorie[40]), die Isay und ihm folgend Danz entwickelten, enthält den richtigen Satz, daß die Rechtsfolge nur bestimmt werden könne durch die von dem Rechtssubjekt geäußerte Erklärung.[41]) Von demselben Satz geht aber auch die Willenstheorie aus, wenn sie aussagt, daß nur ein solcher Wille die Rechtsfolge bestimmt, der in der Erklärung seinen erkennbaren Ausdruck gefunden hat. Ein innerer, nicht in der Erklärung ausgedrückter Wille wirkt nach keiner dieser Theorien rechtsbegründend, sondern höchstens rechtszerstörend, indem er Anfechtbarkeit begründet.[42]) Der radikale Standpunkt, daß allein der Wille die Rechtsfolgen bestimme, ohne Anhalt an die Erklärung, ist auch von keinem Willenstheoretiker vertreten worden. Der ganze Streit, der von den Erklärungstheoretikern angesagt wurde, betrifft im wesentlichen die Frage, was im Tatbestand der We. das Uebergewicht habe, die Erklärung oder der Wille. Man hat versucht, ganz einseitig aus einzelnen Bestimmungen der §§ 116 ff. heraus den Begriff der We. zu bestimmen. So sagten z. B. die Erklärungs-

---

37) Friedenthal, S. 6 ff.

38) Danz, Auslegung S. 13; Isay, S. 23; ähnliche Formulierung auch bei Dür.-Hachb., allgem. Einl. vor § 343, Anm. 14 und § 346, Anm. 6.

39) Dür.-Hachb. a. a. O; vgl. auch Manigk, System, S. 79.

40) vgl. oben u. Anm. 38. Zu Isay vgl. jetzt Manigk, Iher. Jhb. 83, 80 f.

41) Manigk, We. und Wgesch., S. 155.

42) Manigk, We. und Wgesch., S. 151, 154, 155.

theoretiker, daß § 116, weil es nach dieser Bestimmung auf einen geheim vorbehaltenen Willen nicht ankommt, ein schlagender Beweis für die Richtigkeit der Erklärungstheorie sei. Desgleichen ist § 119 von den Erklärungstheoretikern herangezogen worden. Gerade § 119 beweise, daß es zur Wirksamkeit der We. nicht des Rechtsfolgewillens bedürfe. Andernfalls brauche man nicht anzufechten. Gerade weil diese Bestimmung die Anfechtbarkeit statuiere und zur Beseitigung der schon eingetretenen Rechtsfolge erst noch die Anfechtungserklärung hinzukommen müsse, liege auch ohne einen entsprechenden Willen eine legale We. vor.[43]) Die Vorschrift des § 119 könnte man aber ebensogut für die Willenstheorie heranziehen, weil ja im Wege der Anfechtung der innere Wille zur Geltung kommt und aus diesem Grunde für den Tatbestand der We. von Erheblichkeit ist. Mit Recht hat Manigk schon in Willenserklärung und Willensgeschäft[44]) geltend gemacht, daß derartige Methoden verfehlt sind. Man kann nicht aus einzelnen gesetzlich geregelten Fällen, wo es am Tatbestand der We. in irgendeiner Weise krankt und deshalb eine besondere Vorschrift notwendig war, den Begriff einer echten, endgültig wirksamen We. ableiten. Es ist ebenfalls unrichtig, nach dem Mindesterfordernis einer s c h o n w i r k s a m e n Erklärung zu fragen. Die richtige Frage lautet vielmehr: Welches ist der Legalbegriff der We., der Volltatbestand, der dem Gesetzgeber als Normalfall vorgeschwebt hat. Ein solcher Volltatbestand ist aber nur dann vorhanden, wenn eine We. endgültig wirksam ist, wenn ihr nicht noch irgendwelche Mängel anhaften. Eine We., die aber unantastbar, also endgültig wirksam ist, setzt sowohl eine Erklärung voraus als auch einen der Erklärung entsprechenden Rechtsfolgewillen, den die Erklärung vermitteln soll. Erst beide Elemente zusammen machen den Volltatbestand aus.[45]) Eine legale We. können wir daher mit Manigk definieren als die Erklärung eines Rechtsfolgewillens mit Kundgebungsbewußtsein.[46])

Die neusten Forschungen von Manigk haben den Streit um die Erklärungs- und Willenstheorie im wesentlichen beigelegt. Er lehrt[47]), daß man bei dem Legalbegriff der We. eine doppelte Zurechnung zu beachten habe, eine primäre und eine endgültige. Die primäre Zurechnung bedeutet: Jemand, der sich in bestimmter Weise verhält, muß den sich nach Treu und Glauben ergebenden verkehrsmäßigen Ausdruckswert, wie auch das Reichsgericht stets entscheidet, als We. gegen sich gelten lassen, wenn er diesen hervorgerufenen Ausdruckswert kannte oder kennen mußte.[48]) Diese Zurechnung erfolgt nicht auf Grund eines allgemeinen Rechtsscheins- oder Vertrauensprinzipes.[49]) Ein derartiger allgemein gültiger Rechtsgrundsatz läßt sich nach Manigk im Gesetz nicht nachweisen. Der Angelpunkt

43) Danz, DJZ. 1906, Nr. 23, Sp. 1278.
44) Manigk, We. u. Wgesch. S. 165; Irrt. u. Ausl. S. 93.
45) Jakobi, S. 3; Manigk, We. u. Wgesch. S. 150.
46) Manigk, We. u. Wgesch., S. 165 ff.
47) Manigk, System der juristischen Handlungen, Ihr. Jahrb. Bd. 83, S. 1 ff.
48) Manigk, System, S. 89.
49) Manigk, System, S. 64.

der Lehre von der Zurechnung liegt vielmehr in einem anzunehmenden Verhandlungsverhältnis, das seinerseits wieder mit seinem Entstehen eine Rechtspflicht zum verkehrsmäßig richtigen Verhalten erzeugt. Durch das den Schein einer Erklärung erweckende Verhalten kommt der Erklärende mit dem Gegner des Verhaltens in eine Geschäftsbeziehung, sei dies gewollt bei einer vorsätzlichen We. oder ungewollt bei einer fahrlässigen, ungewollten We.[50]) Die infolge dieser Anknüpfung geschaffene Sonderbeziehung zwischen beiden Teilen ist das Verhandlungsverhältnis, das den Grund für die Zurechnung bildet.[51]) „Der Zurechnungsgegenstand liegt in dem Verhalten des Erklärenden, mit dem er sich an einen (oder viele) Gegner als Erklärungsbeteiligte(n) wendet, sowie in dem verkehrsmäßigen Erklärungswert dieses Verhaltens gegenüber dem Gegner. Der Zurechnungsgrund ist das mit dem Zugänglichmachen geschaffene Verhandlungsverhältnis und die ex tunc entstehende Rechtspflicht zu verkehrsmäßigem Verhalten." [52]) Will der „Erklärende" nichts oder etwas anderes erklären, so muß er sich seinem Verhandlungsgegner gegenüber verkehrsmäßig richtig verhalten, d. h. in der Weise, daß dieser den wirklichen oder mangelnden Willen einwandfrei erkennen kann. Verletzt er diese Rechtspflicht zu richtigem Verhalten, so wird er an dem verkehrsmäßig verstandenen Sinn und Inhalt seiner Erklärung festgehalten. Was sich als erklärt ergibt, wird ihm zugerechnet.[53]) Die Zurechnung (primäre) tritt jedoch nur dann ein, wenn der sich erklärend Verhaltende den von ihm verursachten Erklärungswert kannte oder kennen mußte. Die Zurechnung erfolgt somit nach dem Wissen-Müssen. Schuld, als notwendiges Korrelat der Rechtsscheinsverursachung, verhindert also, daß die Zurechnung zu unbilliger Behandlung des Erklärenden führt.[54]) Die Erklärungstheorie hat nun bisher allein auf die primäre (prima facie) Zurechnung aufgebaut und geglaubt, daß damit der Legalbegriff der We. festgestellt werde. Aber „erst die endgültige Zurechnung verwirklicht den legalen Begriff der We." [55]) Wann ist aber eine Erklärung endgültig zurechenbar? Dies ist dann der Fall, wenn der objektiv ermittelte Erklärungswert seine Identität mit dem wirklichen Rechtsfolgewillen des Erklärenden erweist. Anders gesagt: wenn die Erklärung der Probe auf die Möglichkeit einer Anfechtung standhält. Wollte also eine Partei eine andere, als die in der Erklärung bezeichnete Rechtsfolge oder wollte sie eine Erklärung

50) Manigk, System, S. 38, 55, 60, 65, 89 ff.
51) Hildebrandt, Erklärungshaftung S. 132, 135 ff.
52) Manigk, System, S. 55, 60 ff., 89 ff.
53) Manigk, System, S. 38, 91. Dadurch, daß der Gedanke der Zurechnung in die Lehren über die We. hineingetragen wird, rundet sich das System der We. Erst dadurch vermag erklärt zu werden, daß und weshalb eine Handelssitte gemäß Auslegung nach den §§ 133, 157 BGB., 346 HGB., einen Kaufmann bindet, auch wenn er sie nicht gekannt hat. Er mußte sie eben kennen. In der Zurechnung legt also die Lösung, denn der Kaufmann hat sich nicht verkehrsmäßig richtig verhalten. Auf diese Weise ist begründet, daß, wie oben gesagt wurde, die Handelssitte ein Bestandteil der We. sei. Vgl. oben S. 24.
54) Manigk, System, S. 88 ff.; Beiträge, S. 632; Harr, S. 64.
55) Manigk, System, S. 96.

dieses Inhaltes gar nicht abgeben, so ist sie auf Anfechtung zu verweisen. Sie ist nicht verpflichtet, endgültig bei dem ihr primär zugerechneten Sinn der Erklärung zu bleiben. Vielmehr kann sie im Wege der Anfechtung ihren anderweitigen rechtsgeschäftlichen Willen dartun.

Auch im Falle der ungewollten, fahrlässig bewirkten Erklärung ist eine Anfechtung zuzulassen. Auch hier tritt wegen Verletzung der Pflicht zu verkehrsmäßig richtigem Verhalten die primäre Zurechnung ein. Die endgültige Zurechnung darf jedoch nicht eintreten, da der „Erklärende" gar keinen Rechtsfolgewillen und auch kein Kundgebungsbewußtsein hatte. Deshalb ist Anfechtung notwendig. Auch hier bewahrt die Anfechtung vor einer endgültigen Zurechnung. Derartige Lösung des Problemes der ungewollten We. ist nun durchaus mit dem Gesetz vereinbar. § 119, Abs. 1 BGB gibt ja die Möglichkeit der Anfechtung auch demjenigen, der eine Erklärung dieses Inhaltes überhaupt nicht abgeben wollte, was bei dem fahrlässig Erklärenden zutrifft. Wir befinden uns also auf dem Boden des geltenden Rechtes. Für die ungewollte We. sind jedoch nur die Bestimmungen der §§ 119, Abs. 1, 121, 122 anwendbar. Die übrigen Bestimmungen über die We., insbesondere die §§ 116 ff., sind nur für echte, mit dem Legalbegriff der We. übereinstimmende Erklärung gegeben. Es fragt sich jedoch, wann es sich nur um die primäre Zurechnung eines fahrlässigen Verhaltens handelt und wann der Tatbestand einer den Legalbegriff der We. erfüllenden Erklärung vorliegt. Kriterium für die Unterscheidung sind: Vorsatz, Rechtsfolgewillen, Kundgebungszweck.

Eine echte We., auf welche alle gesetzlichen Regeln für die We. anzuwenden sind, ist somit die vorsätzliche Kundgabe eines Rechtsfolgewillens unter Kundgebungsbewußtsein. An dieser schon von Manigk in Willenserklärung und Willensgeschäft entwickelten Begriffsbestimmung der legalen We. muß auch trotz der Lehre von der Zurechnung und von der ungewollten We. festgehalten werden.[56]) Eine We. im Sinne des Gesetzes ist stets nur die vorsätzliche Aeußerung des rechtsgeschäftlichen Willens. Bei den ungewollten Erklärungen handelt es sich dagegen um Tatbestände, die das Gebiet der legalen We. in zwei Punkten kreuzen, nämlich bei der Frage der Zurechnung und der Anfechtung. Mit Recht lehrt deshalb Manigk, daß es verfehlt sei, „unter dem Oberbegriff der We. etwa nach Art der Delikte zwei Unterarten: die vorsätzlichen und die fahrlässigen zu unterscheiden."[57])

§ 14.

Vorgehende Erörterungen der Lehren von der Zurechnung und der ungewollten Willenserklärung sind für die hier zu behandelnde Aufgabe grundlegend. Das Schweigen auf ein B. Schr. kann entweder als vorsätzliches oder als fahrlässiges, ungewolltes Verhalten erfolgen. Betrachten wir zunächst letzteren Fall. Das RG hat, wie schon erwähnt, in verschiedenen Entscheidungen zum Ausdruck gebracht, daß das Schweigen

56) Manigk, System, S. 86 ff., S. 99; Beiträge, S. 633.
57) Manigk, System, S. 99.

auf ein V. Schr. den Erfordernissen von Treu und Glauben entsprechend auch dann als Zustimmung zu gelten habe, wenn der Empfänger von dem Inhalt des Schreibens tatsächlich keine Kenntnis genommen hat.[58]) Es liegt daher nahe, in diesem Falle das Schweigen als eine ungewollte We. zu betrachten. Daß das Schweigen auf ein V. Schr. einen verkehrsmäßigen Erklärungswert verkörpert, wie er der ungewollten We. zu eigen ist, kann nicht bezweifelt werden, denn kraft kaufmännischer Uebung hat ja schlechthin das Schweigen die Bedeutung der Zustimmung. Es scheinen somit keine Bedenken zu bestehen, hier von einer ungewollten We. zu sprechen und dem Empfänger sein Schweigen als Genehmigung zuzurechnen. Manigk wirft auch einmal die Frage auf, ob es sich bei dem Schweigen auf ein V. Schr. um eine ungewollte, fahrlässig bewirkte Zustimmungserklärung handele.[59]) Das Reichsgericht scheint diesen Weg zu gehen. Es rechnet aus Billigkeitsempfinden nach „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte" dem Empfänger sein Schweigen als Genehmigung zu. Und schließlich bejaht es auch die Möglichkeit einer Anfechtung wegen Irrtums, wenn der Empfänger „mangels Kenntnisses des Vertragsschlusses und des Zugehens des V. Schr. eine Erklärung dieses Inhaltes überhaupt nicht hat abgeben wollen." [60]) Das RG vertritt also hier im Stillen die Manigk'sche Lehre von der Zurechnung eines ungewollten verkehrsmäßigen Verhaltens als We. und führt diese Lehre bezüglich der Anfechtung auch konsequent durch, wenigstens wie es den Anschein hat.[61]) Zwar spricht es auch in diesem Falle von einer stillschweigenden We. Das ist unzutreffend. Denn weil der Empfänger von dem Inhalt des V. Schr. keine Kenntnis hat, kann sein Schweigen auch nicht die Merkmale einer echten stillschweigenden We. haben. Wer nicht einmal von dem Inhalte oder gar von dem Zugange des Schreibens Kenntnis hat, schweigt nicht, um damit seine Zustimmung zu dem Inhalte des Schreibens zum Ausdrucke zu bringen. Es mangelt bei diesem Schweigen am Rechtsfolgewillen, am Kundgebungsbewußsein und auch am Vorsatz. Diese Merkmale sind aber für die stillschweigende We. ebenso wesentlich wie für die ausdrückliche We.[62]) Eine echte stillschweigende We. ist daher nicht gegeben. Wenn aber das RG trotzdem aus Billigkeitsrücksichten zu dem Schluß kommt, daß der Schweigende als zustimmend behandelt werden müsse, — und zwar, wie wir hinzusetzen, weil er das V. Schr. infolge Zugangs kennen und sich daraufhin verkehrsmäßig verhalten mußte, — so handelt es sich richtig gesehen um die Zurechnung eines verkehrsmäßigen Ausdruckswertes **als** We. im Sinne der Manigk'schen Lehre.

---

58) RG. 54, S. 176; RG. in Warn. 1910, S. 233; RG. 103, S. 405; vgl. auch KG. in OLG. 19, S. 392.
59) Manigk, Beiträge für W. Recht, S. 632.
60) RG. 103, S. 405.
61) vgl. aber unten S. 38, 45.
62) Manigk, We. u. Wgesch. S. 300 ff.; Breit, Geschäftsfähigkeit, S. 165 ff.; Enn.-Lehmann, § 30, II, 1, S. 182; Oertmann, Kom. Vorbem. vor § 104, Ziff. 9, S. 329; Brinkmann, S. 27; Hölder, Kom. Vorbem. vor § 104, S. 238; Staudinger, Kom. Vorbem. vor § 116, S. 452, II, B.

Versucht man aber die Schwierigkeiten, die sich im Falle des Schweigens auf ein nichtgelesenes B. Schr. ergeben, mit den oben entwickelten Regeln über die ungewollte We. zu lösen, so käme man alsbald in noch größere praktische Schwierigkeiten. Diese sind darin zu sehen, daß man nicht mehr den Erfordernissen gerecht werden könnte, die das kaufmännische Leben von dem B. Schr. erwartet. Würde nämlich das Schweigen als ungewollte We. angesehen, so müßte bei fehlendem Rechtsfolgewillen und Kundgebungsbewußtsein uneingeschränkt die Irrtumsanfechtung zugelassen werden, weil der „Erklärende" eine Erklärung dieses Inhaltes nicht abgeben wollte, § 119, I, S. 2.[63]) In der Mehrzahl der Fälle, die im praktischen Leben vorkommen, würde dies zutreffen, z. B. dann, wenn der Empfänger aus Nachlässigkeit oder gar aus Böswilligkeit das Schreiben nicht liest und daher nicht antwortet. Er könnte bei Anwendung des § 119 anfechten, weil er mit seinem Schweigen weder zustimmen, noch überhaupt etwas erklären wollte. Der Absender des Schreibens, der in gutem Glauben das Schweigen als Zust. Erklärung aufgefaßt hat und die Vertragserfüllung in diesem Sinne vorbereitet, wäre dadurch stark benachteiligt. Es würde indessen eine unerträgliche Rechtsunsicherheit die Folge sein. Niemand könnte sich mehr auf die kaufmännische Gepflogenheit, daß der Schweigende zustimmt, verlassen. Es müßte in jedem Falle noch mit der Möglichkeit einer Anfechtung gerechnet werden. Dagegen ist, wie Plum[64]) treffend hervorhebt, das B. Schr. vor allem dazu angetan, die Rechtssicherheit innerhalb des „starken, hastenden Verkehrs der Gegenwart zu fördern." Könnte aber der Schweigende bei mangelndem Zustimmungswillen entsprechend den Lehren über die ungewollte We. anfechten, so wäre gerade zunichte gemacht, was die Kaufmannschaft mit dem B. Schr. bezwecken will.[65]) Aus diesem Grunde wehrt sich das Rechtsgefühl gegen eine Anfechtung des Schweigens und so ist man auch im Schrifttum seit langem geneigt gewesen, die Anfechtung gänzlich auszuschließen.[66])

Wenn sich aber das RG[67]) und ihm folgend einige Schriftsteller[68]) für eine Anfechtung aussprechen, so ist es sehr auffallend, daß tatsächlich eine Entscheidung nicht zu finden ist, in der das RG eine Anfechtung zugelassen hätte. Wegen dieser starken Bedenken gegen die Anfechtbarkeit des Schweigens erscheinen auch die Lehren über die ungewollte We. nicht brauchbar, um den Vorgang des Schweigens auf ein B. Schr. juristisch einzuordnen und zu erklären.

Ein weiteres negatives Ergebnis läßt sich nach Vorgehendem jetzt

---

63) vgl. oben S. 36.

64) Plum, JW. 1921, S. 1465; JW. 1922, S. 1675.

65) vgl. die Sammlungen von Handelsbräuchen der Kaufmannschaften und Handelskammern. Ausführliche Nachweise: Krause, S. 5 ff.

66) Leist, Arch. 3. Pr. 102, S. 261 ff.; Jakobsohn, S. 356; Manigk, Irrt. u. Ausl., S. 148 ff., 274 ff.; Siller, J. Rdsch. 1927, S. 296, JW. 31, S. 3083; Friedenthal, S. 43, Krause a. a. O.

67) RG. 103, 405.

68) Neufeld-Schwarz, § 346, Anm. 34; Baumbach, § 346, Nr. 5.

schon herausstellen: Das Schweigen eines Kaufmannes auf ein B. Schr. ist dann **keine** stillschweigende We. und unterliegt daher nicht den Bestimmungen der §§ 116ff., wenn es nicht durch die spezifischen Kennzeichen einer We. ausgezeichnet ist, nämlich Rechtsfolgewillen, Kundgebungsbewußtsein und Vorsatz bezüglich der Willensäußerung. Weiß also ein Kaufmann fahrlässig nichts von der Existenz eines ihm zugegangenen B. Schr. oder ist ihm dessen Inhalt bisher durch sein Verschulden unbekannt geblieben, so ist sein Stillschweigen hierauf keine We., die dem Gegner seine Zustimmung übermittelt. Wenn aber in völliger Uebereinstimmung von Rechtssprechung und Schrifttum, angenommen wird, daß dieser Kaufmann dennoch als zustimmend behandelt werden müsse, so kommt eben ein B. Vertrag auf Grund eines anderweitigen juristischen Tatbestandes zum Abschluß.

§ 15.

Es zeigte sich, daß man bei der rechtlichen Würdigung des Schweigens auseinander halten muß, ob es erfolgt als vorsätzliches oder als ungewolltes, fahrlässiges Verhalten. Dieser Unterschied soll auch im folgenden festgehalten werden. Es wurde nachgewiesen, daß das Schweigen keine echte We. ist, wenn es als reines Passiv-Verhalten ungewollt geschieht. Anders ist es, wenn der Empfänger des Schreibens bewußt schweigt, um sich dadurch den Bedingungen der Bestätigung zu unterwerfen. Alsdann steckt tatsächlich ein Wille hinter dem Verhalten, welcher dem Gegner mitgeteilt werden soll. Hier sind alle drei Merkmale einer echten We. vorhanden: Rechtsfolgewillen, Kundgebungsbewußtsein und Vorsatz. Daher bieten sich in diesem Falle zunächst keine Zweifel bezüglich der rechtlichen Behandlung. Das Schweigen ist eine We. und — weil sich der Erklärende als Mittel der Kundgabe des Schweigens bedient — eine stillschweigende We. Es müssen deshalb grundsätzlich für die Beurteilung dieses Tatbestandes die §§ 116ff. Anwendung finden.[69])

Weit problematischer sind aber alle die Fälle, wo der Empfänger keine Kenntnis von dem Schreiben bzw. dessen Inhalt hat. Er schweigt unmotiviert. Für die Klärung der sich hier ergebenden Fragen hat Manigk den rechten Weg gewiesen.[70]) Bei Ermittlung des Legalbegriffes einer We. hat Manigk gesetzliche Tatbestände festgestellt, denen die Merkmale einer We. nicht eigen sind, die aber dennoch ähnlich einer We. Rechtsfolgen hervorrufen. Das Eigenartige bei diesen Tatbeständen ist, daß hier eine Rechtsfolge nicht eintritt, weil sie von einer Partei gewollt ist, sondern als Legalwirkung, die geknüpft ist an das Vorliegen bestimmter Tatsachen, meistens an ein Verhalten der betreffenden Person. Als Beispiele seien genannt: §§ 108, II; 416, I; 496, S. 2; 1396; 1448, II; 1943 BGB; §§ 56; 60, II; 85; 362, II; 377, II; 386; 652 HGB. Weil das Gesetz mit einem bestimmten Vorgang, ohne nach

69) Sehr bedeutende Einschränkungen dieses allgemeinen Satzes unten S. 49ff.

70) Manigk, We. u. Wgesch., S. 226; Irrtum u. Ausl., S. 148ff., 274ff.; Beiträge zu Wirtschafts-R. II, S. 658ff.; System, S. 79ff.

dem Willen der Partei zu fragen, eine Rechtswirkung verbindet, nennt Manigk derartige Tatbestände typische Erklärungsakte mit normierter Wirkung oder kurz „typisierte Erklärungen."[71] In diesen Fällen kann es auf einen zufällig hinter dem Verhalten steckenden Rechtsfolgewillen nicht ankommen, denn Grund für den Eintritt der Rechtsfolge ist allein das objektive Verhalten. Mit anderen Worten: die Rechtsfolge ist von dem Willen losgelöst.[72] Der mit dem objektiven Verhalten als „typisch" verbundene Sinn steht dann derart fest, daß bei einem wirklich abweichenden Willen des sich „typisch" Verhaltenden dessen Anfechtungsrecht wegen Irrtums ausgeschlossen ist.[73] Das ist sinngemäß. Wenn eine Rechtsfolge ohne Rücksicht auf den Willen einer Partei eintreten soll, kann auch bei einer späteren Beurteilung ein Mangel des Willens dieser Person nicht geeignet sein, die eingetretene Rechtsfolge wieder zu beseitigen. Diese Lösung entspricht auch der oben entwickelten Regel, daß die Bestimmungen über die We. nur auf solche Tatbestände Anwendung finden könne, die dem Legalbegriff der We. gerecht werden, was bei den typisierten Erkl. Akten zweifellos nicht der Fall ist.

Manigk hat ebenfalls nachgewiesen, daß nicht allein dem Gesetz die Kraft zukommt, an ein bestimmtes typisches Verhalten eine Rechtsfolge anzuknüpfen, sondern daß auch die Verkehrssitte ein Verhalten typisieren kann und dessen rechtliche Bedeutung endgültig festlegen kann.[74] Als wichtigstes Beispiel führt er grade das Schweigen auf ein übersandtes B. Schr. an und legt dar, daß hier das Schweigen durch die kaufmännische Sitte derart „mit bindendem Erklärungswert umkleidet werde, daß die Irrtumsanfechtung der von diesem typischen Sinne bestimmten Rechtsfolge ausgeschlossen sei."[75]

Auf dem Boden dieser Manigk'schen Lehre stehen auch die Ausführungen von Hermann Krause in seiner jüngst erschienenen Schrift „Schweigen im Rechtsverkehr."[76] Krause erkennt sowohl die Lehre von der typisierten Erklärung an, als auch die Lehre von der typisierenden und normierenden Kraft der Handelssitte; er kommt daher zu dem Ergebnis, auch das Schweigen auf ein B. Schr. als einen typisierten Erklärungsakt zu erfassen.[77] Unzutreffend ist es übrigens, wenn Krause glaubt,

71) Manigk, zuerst in Irrtum u. Ausl., S. 151 ff., 189, 219, 274.

72) Manigk a. a. O., S. 156 hebt hervor, daß die Voraussetzungen der Typisierung in jedem Falle einer solchen genau zu prüfen sind, und daß die Typisierung so weit gehen kann, daß es auch auf einen in concreto wirklich zu Grunde liegenden Rechtsfolge- und Erklärungswillen des Handelnden nicht ankäme. Harr, S. 70; Dür.-Hachb., allgem. Einleitung vor § 343, Anm. 16; Jakobsohn, Iher. Jahrb. 56, S. 388 ff.; Gierke, S. 513, II, 2; vgl. auch Leist, Arch. Z. Pr. 102, S. 269 ff.; Siegel, Arch. Z. Pr., S. 84—99.

73) So schon Manigk, We. u. Wgesch., S. 222 f., 226 ff.; besonders aber Irrt. u. Ausl., S. 148 ff.; jetzt auch Dür.-Hachb., Anm. 16, vor § 343.

74) Manigk, Irrt. u. Ausl.; S. 157, 153, 256, 274 ff.; Beitr., S. 660, System, S. 78; Dür-Hachb., § 346, Anm. 6; Harr, S. 70.

75) Manigk a. a. O.

76) Krause, S. 125 ff.

77) Krause, S. 127.

daß Manigk neuerdings die Lehre von der Typisierung des Schweigens aufgegeben habe und daß er es heute „ohne nähere Begründung als echte stillschweigende We. bezeichne."[78]) An der von Krause angegebenen Stelle[79]) kritisiert Manigk die reichsgerichtliche Judikatur. Er stellt fest, daß das RG von einer Typisierung des Schweigens im Sinne des Rechtsscheins nichts wissen will. Manigk trifft diese Feststellung nur deshalb, um daraufhin die Frage aufzuwerfen, ob das Schweigen auf ein B. Schr. etwa eine ungewollte, fahrlässige We. darstellt.[80]) Daß er sich aber selbst für eine echte We. entschieden habe, ist unrichtig. Die Möglichkeit einer Lösung der Probleme mittels der aufgestellten Regeln über die ungewollte We. wurde aber bereits oben[81]) ausdrücklich verneint.

Die Ausführungen von Krause zeichnen sich vor allem dadurch aus, daß er — wie dies schon früher von Jakobsohn[82]) zutreffend geschah — auf die Parallelität des Schweigens auf ein B. Schr. zu dem Tatbestand des § 362 HGB hinweist. Auch im Falle des § 362, Abs. 1 gilt Schweigen als Zustimmung und ist kein erklärter Zustimmungswille für die Annahme erforderlich. Es genügt die objektive Tatsache des Schweigens zur Perfizierung des Geschäftsbesorgungsvertrages.[83]) So kommt Krause dazu, indem er die Bestimmung des § 362 zum Vorbild nimmt, auch im Falle des Schweigens auf B. Schr. — grundsätzlich wenigstens — eine Anfechtung der im Schweigen liegenden Zustimmung auszuschließen, sei es wegen Irrtums oder wegen fehlenden Erklärungswillens.[84]) — In der Tat erscheint die Lösung der mit dem Tatbestand des Schweigens verbundenen Probleme in der von Manigk vorgeschlagenen Weise die richtige zu sein. Eine stillschweigende, echte We. kann das Schweigen, wenn wir Rechtsfolgewillen, Kundgebungszweck und Vorsatz als Wesensmerkmale einer echten We. verlangen, nicht sein.[85]) Desgleichen kann nach obigen Erörterungen das Schweigen schwerlich als eine ungewollte We. angesehen werden. Weil aber gerade der schweigende Kaufmann als zustimmend behandelt wird ohne Rücksicht auf seinen Willen, sondern lediglich auf Grund der objektiven Tatsachen des Zuganges des Schreibens und des hierauf erfolgten Schweigens, ist dogmatisch einzig haltbar, in diesem Vorgang einen typisierten Erklärungsakt mit der durch die Verkehrssitte normierten Wirkung der Zustimmung zu sehen. Darin eben liegt die rechtliche Bedeutung des im Schrifttum häufig zu findenden Satze:[86]) „Schweigen gilt als Zustimmung." In der Formulierung „gilt" kommt diese normierende Kraft der Verkehrssitte

---

78) Krause, S. 128.
79) Manigk, Beitr., S. 631.
80) vgl. oben S. 34 ff.
81) vgl. oben S. 38.
82) Jakobsohn, Iher. Jahrb. 56, S. 353.
83) Krause, S. 128 ff. Vgl. Oertmann, Z. Bl. H. R. 1, S. 7, Gierke, S. 513.
84) Krause, S. 138.
85) Vgl. oben, S. 39.
86) Jakobsohn, S. 352 ff.; Baumbach, § 346, 5 B; Neufeld-Schwarz, § 346, Anm. 34; v. Tuhr, II, 423; Dür.-Hachb., § 346, Anm. 13.

richtig zum Ausdruck, desgleichen darin, daß man von einer Fiktion eines Willens oder einer We. spricht.[87])

Aber Manigk hat (Irrt. u. Ausl. S. 156) besonders betont, daß in jedem Falle einer sog. typisierten Erklärung der Grad geprüft werden müsse, in dem die Verkehrsauffassung das äußere Verhalten des Subjekts typisiert hat. Es käme stets auf die Klarstellung „der tatsächlichen Voraussetzungen" der Loslösung des Tatbestandes vom wirklichen Willen an (S. 150). Im Falle des § 108, Abs. 2 BGB ist eine zufällig hinter dem Schweigen (Nichterklärung der Genehmigung) steckende Willensbildung zweifellos unerheblich und eine Anfechtung der „normierten" Verweigerung ausgeschlossen. Ob dieser Satz aber auch in uneingeschränkter Weise für das B. Schr. Geltung hat, ist fraglich. Auf diese Frage ist näher einzugehen. Es soll hier so vorgegangen werden, daß an einzelnen Sachverhalten die richtigen Rechtsgrundsätze entwickelt werden.

In einem Falle, wo ein Kaufmann ein B. Schr. empfangen, jedoch nicht gelesen und darauf nicht geantwortet hatte, sah das RG[88]) in dem Schweigen die Genehmigung des B. Inhaltes. Vom Standpunkt unserer Lehre aus müßte entschieden werden, daß das Schweigen durch die Verkehrssitte als Zustimmung derart verbindlich normiert wurde, daß eine Anfechtung ausgeschlossen sei. Wenn sich der Empfänger aus Nachlässigkeit oder Böswilligkeit passiv verhält, ist gegen diese Lösung nichts einzuwenden. Sie ist billig und entspricht den berechtigten Interessen des Absenders, der seine Erfüllung nach Maßgabe des B. Schr. vorbereitet. Wie ist es aber dann, wenn der Empfänger rein physisch nicht in der Lage war, zu lesen oder zu antworten? Man denke daran, daß ein Empfänger erkrankt sein kann und so seine Passivität trotz richtigen Zuganges des B. Schr. nicht durch Nachlässigkeit bedingt wird. Insbesondere sind zwei Fälle dieser Art denkbar. Es kann möglich sein, daß das Nichtantworten zurückzuführen ist auf unverschuldete Nichtkenntnis von Existenz und Inhalt des B. Schr. oder auf eine physische Unmöglichkeit einer Antwort trotz Kenntnis des B. Inhaltes. Soll auch in diesem Falle das bloße Schweigen endgültig bindend typisiert sein, daß eine Berufung auf unverschuldete Nichtkenntnis und auf einen fehlenden Rechtsfolge- und Kundgebungswillen ausgeschlossen ist? Diese Frage ist nicht allein bei dem B. Schr. aufzuwerfen, sondern in jedem Falle eines typisierten Erklärungsaktes. Bei Oertmann[89]) erscheint diese Fragestellung hinsichtlich des Schweigens auf einen Geschäftsbesorgungsantrag (§ 362 HGB). Er findet es nicht angebracht, dem Antragsempfänger dann sein Schweigen als bindend zuzurechnen, wenn gar keine Möglichkeit eines Andershandelns bestand, wo also das Schweigen nicht das Ergebnis eines psychologischen Denkprozesses war. In solchen Fällen sei das Schweigen irrelevant, ein reines Nichts. Krause geht weiter wie Oertmann, indem

87) Siller a. a. O.; Staudinger-Riezler, § 151, Anm. 3.
88) RG. 54, S. 176.
89) Oertmann, Z. Bl. H. R. 1, S. 7 ff.

er in diesen Fällen den von Manigk eingeführten Verschuldensgedanken verwendet[90]), der ehedem auch von dem RG[91]) herangezogen wurde. Nach Krause soll also nur derjenige als endgültig zustimmend bezeichnet werden, dessen Schweigen auf einem von ihm zu vertretenden Umstand beruht. Aehnlich gehen auch Manigk[92]) und Siller[93]) vor. Sie sehen als typisch zustimmend billiger Weise nur den an, dessen Unkenntnis auf einem Verschulden beruht. Auch Staub—Pinner—Bondi stellen darauf ab, ob die Unkenntnis vom Empfänger zu vertreten sei oder nicht.[94]) Auf diese Weise wird versucht, das durch die Typisierung für maßgebend erklärte, reine Veranlassungsprinzip durch das Korrelat der Schuld einzuengen. Wäre allein die objektive Tatsache des Schweigens ohne Rücksicht auf die Möglichkeit eines Andersverhaltens der Grund für die Rechtsfolge, so wäre nicht nur die Erklärungstheorie durchgeführt, sondern auch die Veranlassungshaftung geradezu überspannt. Das Verschuldensprinzip führt in der Tat auch hier zu einer vernünftigen Interessenabwägung und zu billigen Ergebnissen. Wenn das RG später entschieden hat, daß der Empfänger als zustimmend angesehen werden müsse, ohne Rücksicht darauf, ob die Nichterlangung der Kenntnis vom Inhalt des B. Schr. verschuldet war oder nicht[95]), so ist das eine Ueberspannung des Veranlassungsprinzips und ein zu weit gehender Schutz des Absenders zu Lasten des Empfängers.

Die Art, wie man nun den Verschuldensgedanken konstruktiv rechtfertigt, ist verschieden. Siller[96]) weist auf die Billigkeit und auf Verkehrsrücksichten hin. Weil das Ergebnis einer solchen Lösung gerecht und billig ist, folgert er die Richtigkeit der juristischen Bewertung. Damit gibt jedoch Siller keine rechtliche Grundlage für die Heranziehung des Verschuldensgedankens an.

Einen interessanten Weg geht Krause.[97]) Nach seiner Ansicht ist das Verschuldensmoment in der Frist für die vom Absender erwartete Antwort eingebaut. Hier sei die Parallelität zu § 362 HGB augenscheinlich. In § 362 sei der Schuldgedanke in der Pflicht zur unverzüglichen Antwort zum Ausdruck gebracht. Wer mit seiner Antwort schuldhaft zögere, würde eben als zustimmend behandelt. Diese Unverzüglichkeit der Antwort überträgt nun Krause auf den Fall des B. Schr. „Die richtige Begründung des Verschuldensgedankens ergibt sich zwanglos aus der Erkenntnis, daß ebenso wie der Antragsempfänger des § 362 HGB auch der Empfänger eines B. Schr. unverzüglich antworten muß, falls sein Schweigen nicht als Einverständnis gelten soll." Demgegenüber muß aber gefragt werden, aus welchem Grunde ein Empfänger eines

90) Krause, S. 131.
91) RG. 97, 105; Warn. 1910, 233.
92) Manigk, Irrt. u. Ausl. a. a. O.
93) Siller a. a. O.
94) Staub-Pinner-Bondi, Anhang zu § 372, Anm. 38 b.
95) RG. 103, S. 405; vgl. oben S. 44.
96) Siller, jur. Rdsch., S. 294 ff.; JW. 1931, S. 382.
97) Krause, S. 133 ff.

B. Schr. unverzüglich antworten muß. Krause hat nämlich übersehen, daß die Versäumung der unverzüglichen Antwort nur dann zu Rechtsfolgen, bezw. Rechtsnachteilen führen kann, wenn eine Pflicht zu einer Gegenerklärung besteht. Wer zu einer bestimmten Handlung nicht verpflichtet ist, der kann u. E. niemals deshalb einen Rechtsnachteil erleiden, weil er diese Handlung nicht vorgenommen hat.[98]) Worauf sich aber im Falle des B. Schr. eine Verpflichtung zur Gegenerklärung gründet, hat Krause nicht nachgewiesen. Bei § 362 HGB brauchte dieser Nachweis nicht erbracht zu werden, weil das Gesetz die Pflicht zur unverzüglichen Antwort statuiert.

Eine Pflicht des Empfängers, auf den zugegangenen Antrag (B. Antrag) zu antworten, ist aber auch bei dem B. Schr. vorhanden, nur daß sie nicht offen zu Tage tritt. Sie ist verankert in der Verkehrssitte und in dem zugrundeliegenden Vertrage.[99]) Wenn nach festem Abschluß eines Vertrages der eine Teil dem anderen ein B. Schr. mit notwendigen Ergänzungen oder mit zulässigen Abweichungen übersendet, so hat er ein gesteigertes Interesse daran zu erfahren, wie sich der Empfänger hierzu stellt, da er im Zweifel seine Leistung schon erfüllungsfertig machen muß. Auf Seiten des Empfängers ist es da eine ganz selbstverständliche Pflicht, daß er dieses Schreiben liest, dazu Stellung nimmt und seine Meinung hierüber dem Absender übermittelt. Wie anders könnte er seiner kaufmännischen Sorgfaltspflicht nach § 347, I HGB gerecht werden? Auch das RG hat diesen Gedanken wiederholt in seinen Entscheidungen zum Ausdruck gebracht.[100]) Man wird sich allerdings daran stoßen, daß diese Pflicht weder im Gesetz einen Boden hat, noch in den Verträgen ausdrücklich festgelegt wird. Das hat aber seinen Grund darin, daß diese Pflicht rein verkehrsmäßig entsteht, allein als Ausfluß aus dem ursprünglichen Vertragsabschluß und der damit angeknüpften Geschäftsbeziehung. Sie entsteht ohne Zutun der Parteien und ist nichts anderes als die Pflicht, sich dem Gegner gegenüber verkehrsmäßig richtig zu verhalten. Der Vertragsschluß, ja sogar schon die Vorverhandlungen erzeugen diese Pflicht zu verkehrsmäßig richtigem Verhalten. Dieselbe Rechtspflicht begegnete uns schon an anderer Stelle, nämlich bei der Darstellung der Lehre von der primären Zurechnung. Hier tritt sie in Erscheinung als die Pflicht, das zugegangene B. Schr. zu lesen und darüber eine Erklärung abzugeben. Und da hier ein fest abgeschlossener Vertrag zugrunde liegt, wird sie zum Vertragsbestandteil. Sie findet im Vertrage ihren Rückhalt, ohne darin besonders bezeichnet zu sein.

Ihren eigentlichen Ursprung hat diese Pflicht jedoch nicht im Vertrage, sondern sie fußt darauf, daß der B. Empfänger ein Mitglied der Ge-

98) Dieser Satz gilt auch im Deliktsrecht. Ein Delikt durch Unterlassung begeht nur derjenige, der eine Rechtspflicht zum Handeln verletzt; vgl. Enneccerus-Lehmann, Schuldr., § 228, II, 2.

99) Bei den hier zu behandelnden echten Be. Schr. ist immer ein Vertr. Schluß vorausgegangen. Vgl. S. 3 u. 6.

100) RG. 54, 182; JW. 1911, 224; Plum, JW. 1921, 1466; RG. 58, S. 178; 103, S. 405.

sellschaft ist und als solches eine einmal angeknüpfte Geschäftsbeziehung so verwirklichen und zu Ende führen muß, wie es die Verkehrssitte zwecks ausgleichender, interessenabwägender Gestaltung der Privatverhältnisse von dem Rechtsgenossen erwartet.[101]) Wenn sich also der B. Empfänger verkehrsmäßig richtig verhalten will, so muß er sich erklären. Allerdings kann man nicht verlangen, daß der Empfänger stets mit einer ausdrücklichen Antwort seiner Pflicht zur Erklärung nachkomme. Wohl wäre dies diejenige Form, die am besten Irrtümer ausschließt und auf beiden Seiten zu Klarheit führt. Aber man muß in Betracht ziehen, daß es gerade im Handelsverkehr in ausgedehntem Maße üblich ist, durch Stillschweigen eine Erklärung abzugeben. Der ausdrücklichen Erklärung steht im ganzen Rechtssystem — soweit nicht Ausnahmen vom Gesetz besonders festgelegt sind — die stillschweigende wertgleich gegenüber. Aus diesem Grunde ist auch im Falle des B. Schr. anzunehmen, daß eine stillschweigende Einverständniserklärung zulässig und ausreichend ist, um der Erklärungspflicht zu genügen.

Da nunmehr feststeht, daß ein Kaufmann verkehrsmäßig verpflichtet ist, ein zugegangenes B. Schr. zu lesen und sich hierüber zu erklären, ergibt der Verschuldensgedanke die richtige Entscheidung der Zweifelsfrage. Ein Schuldner hat gemäß § 276 BGB Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wobei in unserem Falle für die Fahrlässigkeit die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes maßgebend ist. Verletzt ein Empfänger schuldhaft die verkehrsmäßige Pflicht zur Entscheidung und Erklärung über den B. Inhalt, so greift die Verkehrssitte typisierend und normierend ein. Dann kann er seinen mangelnden Willen nicht rechtswirksam geltend machen; denn die Rechtsfolge ist in diesem Falle unabhängig von dem Willen; sie ist als Folge einer schuldhaften Verletzung einer Pflicht zum Handeln gesetzt (typisiert). Die Rechtsfolge besteht darin, daß der Empfänger endgültig als zustimmend behandelt wird. Anders gesagt: Die typisierende Kraft der Verkehrssitte begründet bei schuldhafter Verletzung der verkehrsmäßigen Pflicht zur Erklärung eine Haftung des Empfängers nach Maßgabe des B. Inhaltes.

Hier ergeben sich Gleichmäßigkeiten mit der Problemstellung bei der primären Zurechnung bezw. der ungewollten We. Die Zurechnung hatte ihren Rechtsgrund in einem Verhandlungsverhältnis, das seinerseits eine Pflicht zu verkehrsmäßig richtigem Verhalten erzeugt. Verletzung dieser Pflicht hatte Zurechnung als We. zur Folge. Die durch die Typisierung des Schweigens gesetzte Rechtsfolge tritt ebenfalls ein wegen Verletzung der Pflicht zu verkehrsmäßig richtigem Verhalten, die hier in Erscheinung tritt als Pflicht zur Erklärung über den B. Inhalt und sich

101) U. E. muß auch die Lehre von der Haftung wegen culpa in contrahendo — wenn ein Vertrag nicht zustandekommt, wohl aber auf Grund der Vorverhandlungen Aussicht hierauf bestand — von dieser Seite her ihre Begründung erfahren. Auf Grund der Vorverhandlungen ist ein Verhandlungsverhältnis entstanden, das die Pflicht zu verkehrsmäßig richtigem Verhalten erzeugt. Verletzt eine Partei schuldhaft diese Pflicht, so muß sie für den hierdurch entstehenden Schaden aufkommen. Vgl. Manigk, Jher. Jahrb. 83, 65, Anm. 2.

gründet auf die angeknüpfte Geschäftsbeziehung. In beiden Fällen, sowohl bei der Zurechnung, wie bei der Typisierung bewahrt das hinzukommende Korrelat der Schuld vor Unbilligkeiten. In beiden Fällen wird zugerechnet: bei der ungewollten Erklärung aber nur primär, sodaß später richtig gestellt werden kann, was gewollt war; im Falle der Typisierung sofort endgültig. Wenn im Falle der ungewollten We. keine Schuld nachweisbar ist, so entstehen trotz objektiver Pflichtverletzung keinerlei Rechtsnachteile. Ebenso ist es aber auch bei der Typisierung. Ist dem schweigenden Empfänger des B. Schr. keine Schuld vorzuwerfen, so tritt die Typisierung nicht ein. Sein Schweigen ist rechtlich ohne Bedeutung.

Der Schuldnachweis ist in unserem Falle abhängig von der Länge der Frist, innerhalb derer eine Erklärung von einem sorgfältigen Kaufmann zu erwarten ist. Verstreicht diese Frist ergebnislos, so hat sich der B. Empfänger nicht wie ein sorgfältiger Kaufmann verhalten. Damit ist eine Schuld erwiesen, denn im Handelsverkehr handelt derjenige fahrlässig, der die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes nicht anwendet.[102]) Die Länge der Frist, in welcher die Gegenerklärung erfolgen muß, läßt sich nicht eindeutig bestimmen. Auch Richtlinien lassen sich nicht aufstellen. Die Entscheidung hängt vom Einzelfalle ab, insbesondere von der Art des Geschäftes. Klar ist jedoch, daß die Frist bei börsenmäßigen Geschäften kürzer ist, als bei solchen, die nur langsam abgewickelt werden.[103]) Mit Recht betont Krause, daß die Zustimmungswirkung der Typisierung erst nach einer Frist „von gleitender Länge" eintrete.[104])

Bemerkenswert ist noch, daß sich der Vorgang der Typisierung in ähnlicher Weise vollzieht, wie die Entstehung eines Deliktanspruches. Objektive Pflichtverletzung und Schuld sind für beide Fälle Tatbestandselemente. Verblüffend ist vor allem die Aehnlichkeit des Typisierungstatbestandes mit einem Unterlassungsdelikt. Beide Tatbestände haben nämlich gemeinsam, daß die objektive Pflichtverletzung in der Nichtvornahme einer Handlung liegt, zu deren Vornahme das Rechtsobjekt verpflichtet ist. Es ist nicht zuviel gesagt, daß mit der Typisierung — wie mit der Verschweigung des deutschen Rechts — auch eine gewisse Strafwirkung verbunden ist. Denn die verschuldete Nichtvornahme der erwarteten Handlung begründet eine von dem B. Empfänger nicht gewollte und deshalb für ihn nachteilige Rechtsfolge. Sie tritt gegen seinen Willen ein. Mit Recht führte deshalb Ehrlich im Falle des B. Schr. aus: „wenn die Erklärung unterbleibt, so wird eine Zustimmungswirkung gleichsam als Strafe ausgenommen."[105])

---

102) Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht, S. 545.

103) Neufeld-Schwarz, § 346, Anm. 32; Soergel, Bd. 16, S. 668; LZ. 1910, S. 854; JW. 1924, S. 2434.

104) Krause, S. 134 ff.

105) Vgl. die Themenstellung auf S. 39. Der Fall, daß jemand bewußt schweigt, um zuzustimmen (mit Rechtsfolgewillen und Kundgebungsbewußtsein), wurde dort ausdrücklich zurückgestellt. Hierüber unten S. 49ff.

Als Ergebnis haben wir folgenden Satz gewonnen: **Wer auf ein zugegangenes V. Schr. unter schuldhafter Verletzung seiner Pflicht zur Gegenerklärung schweigt, wird infolge der typisierenden Kraft der Verkehrssitte als endgültig zustimmend behandelt.**[106]) Dies gilt zunächst nur dann, wenn der Empfänger schweigt, ohne dadurch eine rechtsgeschäftliche Absicht zum Ausdruck bringen zu wollen.

Mit Hilfe dieser Formel kommt man zu klaren und billigen Entscheidungen.[107]) Einige Beispiele mögen das erläutern. — In einem Falle, wo jemand aus Nachlässigkeit entweder ein ihm zugegangenes Schreiben nicht liest, oder es zwar liest, aber die Gegenerklärung aus Nachlässigkeit unterläßt, findet endgültige Typisierung des Schweigens statt. Es liegt objektiv eine Verletzung der Erklärungspflicht vor, zugleich aber auch Verschulden, denn der V. Empfänger hat die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes außer Acht gelassen, (Fahrlässigkeit, § 347, I HGB). Also endgültige Zustimmungswirkung und Vertragserfüllung gemäß dem Inhalt des V. Schr.!

Wenn ein Angestellter entgegen den Weisungen seines Herrn die Beantwortung des V. Schr. nicht ausführt, so ist gleichfalls der Inhalt des V. Schr. für diesen bindend. Das ergibt sich aus § 278 BGB, wonach sich der Geschäftsherr bei Erfüllung seiner Pflichten die Schuld seiner Leute als eigne Schuld anrechnen lassen muß.

Das Reichsgericht behandelt einen Kaufmann dann als zustimmend, wenn er auf Reisen geht, ohne einen Vertreter für die Erledigung der Geschäftsbriefe zu bestellen und wenn während seiner Abwesenheit im Geschäftslokal ein V. Schr. eintrifft, das unbeantwortet bleibt.[108]) Das Ergebnis ist richtig; es müßte aber folgendermaßen begründet werden: Es liegt sachlich der Fall einer verschuldeten Unkenntnis des Zuganges vor. Die Schuld liegt darin, daß der abwesende Geschäftsherr niemanden zur Erledigung der Briefsachen bestimmte und dadurch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes verletzte (§ 347 I HGB). Weil infolgedessen die Antwort unterblieb, ist objektiv eine Verletzung der verkehrsmäßigen Pflicht zur Erklärung gegeben. Diese Rechtsverletzung ist aber zugleich schuldhaft. Sie wird kausal hervorgerufen durch die fehlende Kenntnis des Zuganges, die ihrerseits verschuldet ist. Wenn letztere verschuldet ist, so ist auch die Unterlassung der Antwort schuldhaft, da diese Unterlassung allein auf das mangelnde Bewußtsein vom Zugang des Schreibens zurückzuführen ist. Mit Hilfe des entwickelten Grundsatzes läßt sich also eine einwandfreie Begründung der Ansicht des RG geben.

Vom Standpunkt unserer Lehre aus ist eine andere Entscheidung des Reichsgerichts im Band 103, S. 405 abzulehnen. Es handelte sich

---

106) Diese Formel gilt u. E. auch entsprechend für alle typische Erklärungsakte. Nur typisiert in diesen Fällen nicht die Verkehrssitte, sondern das Gesetz. Typisierung tritt auch hier nur deshalb ein, weil objektive Rechtsverletzung und Schuld vorliegen. Bei mangelnder Schuld entfällt die Typisierung.

107) RG. in Warn. 1910, S. 233.

darum, daß einer G. m. b. H. ein B. Schr. zugegangen war. Niemand des vertretungsberechtigten Geschäftspersonals wußte von dem Zugang oder hatte das Schreiben gelesen. Das Reichsgericht führte in dem angezogenen Urteil aus: „Den Erfordernissen des redlichen Geschäftsverkehrs entsprechend würde ihr Schweigen selbst dann als Zustimmung gegolten haben, wenn keine der zu ihrer Vertretung berechtigten Personen von dem Eingang und dem Inhalte des Schreibens, sowie von der Bestellung, auf die es sich bezog, Kenntnis erlangt haben sollte, mochte die Nichterlangung der Kenntnis verschuldet oder unverschuldet sein." — Hier hätte geprüft werden müssen, was das Reichsgericht fälschlich für nicht erforderlich hält, ob den Vertretungsberechtigten ein Schuldvorwurf gemacht werden kann. Nur im Falle der Schuld tritt die typisierende Wirkung der Verkehrssitte rechtsbegründend ein. Unrichtig ist es auch, wenn das Reichsgericht sagt, daß der verklagten G. m. b. H. die Möglichkeit einer Anfechtung nach § 119, Abs. 1 BGB verbliebe. Ein typischer Erklärungsakt unterliegt niemals der Anfechtung, so auch nicht das Schweigen auf ein B. Schr., wenn als Zustimmung typisiert wird.

Bedeutsam ist der umstrittene Fall, daß jemand das Schreiben deshalb unbeachtet läßt und schweigt, weil er der Meinung ist, es enthalte seine Auffassung vom Vertrage wortgetreu, sodaß er nichts zu unternehmen brauche. Hier schweigt der Empfänger aus Unkenntnis ohne rechtsgeschäftliche Absicht. Das RG entschied einen derartigen Fall folgendermaßen: Der Empfänger sei dann nicht nach dem Inhalte des Schreibens verpflichtet, wenn er ohne Verschulden angenommen habe, daß das Schreiben das ehedem Vereinbarte richtig und vollständig enthalte.[108]) Das Reichsgericht hat also — und darin ist ihm beizupflichten, — die Rechtsfolge der Zustimmung deshalb verneinen wollen, weil ein Verschulden des Empfängers nicht festgestellt werden konnte. So muß auch bei Anerkennung unserer Lehre entschieden werden, denn wo keine Schuld nachweisbar ist, dort ist auch keine Typisierung eingetreten.

Ist dagegen dem Empfänger irgendein Schuldvorwurf zu machen, wenn er das Schreiben nicht las und daher die Abweichung nicht merkte, so muß er als typisch zustimmend behandelt werden. Zwar ist hier keine zustimmende We. gegeben, da der Empfänger mit seinem Schweigen keinen rechtsgeschäftlichen Willen kundgeben wollte. Es handelt sich vielmehr um einen typisierten Erklärungsakt, auf den die Zustimmungswirkung zurückgeht. Sobald man also eine verkehrsmäßig bestimmte Schuld bejaht, darf die Frage nach der Anfechtbarkeit überhaupt nicht aufgeworfen werden, da Anfechtung bei typisierten Erklärungsakten grundsätzlich ausgeschlossen ist. Man wird allerdings hinsichtlich der Entscheidung der Schuldfrage sehr vorsichtig sein müssen. Allein die Tatsache, daß sich die Parteien endgültig geeinigt haben, wird nicht genügen, um die Behauptung vollständig beobachteter Sorgfaltspflicht zu beweisen. Der Sorgfaltsmaßstab muß unter Kaufleuten im Interesse der Verkehrssicherheit streng sein.

---

108) Urteil des RG. vom 21. 11. 1919, Bd. 97, 195.

Das entspricht auch dem vom RG wiederholt ausgesprochenen Satze, daß das Lesen und Beantworten empfangener Geschäftsbriefe zu den selbstverständlichsten Berufspflichten eines Kaufmannes gehöre.

Wie ist es aber dann, wenn den Empfänger bezüglich der Verletzung seiner Pflicht zur Gegenerklärung keine Schuld trifft. Man pflegt als Schulbeispiel meist folgenden Fall anzuführen: Der Kaufmann empfängt ein Schreiben, nimmt von dem Inhalte Kenntnis und will einen in dem Schreiben befindlichen Irrtum sofort rügen. Durch plötzliche schwere Krankheit wird er aber daran gehindert. In diesem Sachverhalt kann das Schweigen dem Empfänger nicht zum Nachteil gereichen. Objektiv ist zwar die Erklärungspflicht verletzt, jedoch nicht schuldhaft. Typisierung des Schweigens tritt deshalb wegen der mangelnden Schuld nicht ein. Das Schweigen ist rechtlich bedeutungslos.

§ 16.

Bisher wurden vornehmlich Fälle erörtert, bei denen der Empfänger schwieg, ohne dadurch zustimmen zu wollen. Es wird aber im Geschäftsleben vielleicht noch häufiger vorkommen, daß ein Kaufmann auf ein zugegangenes B. Schr. gerade schweigt, um zuzustimmen, weil ihm der Satz: „Schweigen gilt als Annahme" geläufig ist. Er schweigt, um mit seinem Schweigen seine rechtsgeschäftliche Absicht der Einwilligung zu offenbaren. Oben war festgestellt worden, daß es sich dann um eine echte stillschweigende We. handelt, weil das Schweigen erfolgt als vorsätzliche Aeußerung eines Rechtsfolgewillens in Kundgebungsbewußtsein.[109]) Es scheinen daher auch keine Bedenken zu bestehen, den Empfänger wegen eines Irrtums über den Inhalt seiner stillschweigenden Zustimmungserklärung anfechten zu lassen. Bei näherer Prüfung stößt man aber doch auf Schwierigkeiten. Um sie aufzuzeigen, muß auf die Lehre von den typisierten Erklärungen zurückgegriffen werden.

Die Eigenart derselben liegt darin, daß bei ihnen die vom Gesetz normierte Rechtsfolge unabhängig von dem Willen der Partei eintritt. Die Rechtsfolge wird der Partei selbst gegen ihr Wollen aufgezwungen. Man hat daher mit Recht gesagt, daß aus diesem Grunde eine zufällig hinter dem typischen Verhalten der Person steckende Willensbildung unerheblich ist, daß es auf sie nicht ankommen kann. Anfechtung wurde aus diesem Grunde verneint.[110]) Jetzt könnte man aber im Falle des B. Schr. folgenden Einwand machen: Wenn die Lehre von den typisierten Erklärungen im Falle des B. Schr. zur Anerkennung gelangt, so muß jegliche Anfechtung des Schweigens auch dann ausgeschlossen sein, wenn der Empfänger durch sein Schweigen bewußt seinen Zustimmungswillen dem Gegner zum Ausdruck bringen will. Das ist ein solcher Fall, wo nun „zufällig" hinter dem Schweigen eine Wille steckt. Also ist nicht nur der Wille, sondern auch ein Mangel im Willen unbeachtlich, eine Anfechtung des Schweigens daher unzulässig.[111])

109) Vgl. oben, S. 39.
110) Vgl. oben, S. 40.
111) Krause, S. 134 ff.

Bevor dieser Einwand auf seine Berechtigung hin geprüft werden soll, diene ein Beispiel zur näheren Erläuterung. Ein Kaufmann hat ein B. Schr. empfangen und sofort gelesen. So wie er das Schreiben verstanden hat, war seiner Ansicht nach auch der ursprüngliche Vertrag zum Abschluß gebracht worden. Er schweigt ganz bewußt in der Absicht der Einwilligung. Nun enthält aber das Schreiben zufällig einen kaufmännischen Ausdruck, der bei den mdl. Verhandlungen nicht gefallen war. Ueber seine Bedeutung war sich der Empfänger im Unklaren und er mißverstand ihn. Es handelte sich um den Zusatz einer gewöhnlich üblichen Nebenabrede. Wenn also der Empfänger schwieg, befand er sich im Irrtume über den Inhalt des B. Schr. und somit auch über den Inhalt seiner stillschweigenden Zustimmungserklärung. Im Prozeß stellt sich das Mißverständnis heraus. Der B. Empfänger versucht die Anfechtung. Würde obiger Einwand richtig sein, so müßte er dahin belehrt werden, daß es auf seinen Irrtum gar nicht ankomme. Er habe einmal geschwiegen und sei deshalb endgültig gebunden. Soll aber wirklich die normierende Kraft der Verkehrssitte derart stark sein, daß sie eine echte stillschweigende We. gänzlich ihrer Wirkung beraubte, was sich gerade in dem Ausschluß der Anfechtung zeigen würde? Dies wäre die Konsequenz, zu der obiger Einwand führen müßte. Hätte dagegen der Empfänger zurückgeschrieben, daß er einwillige, so stände einer Anfechtung sicher nichts im Wege. Als echte ausdrückliche We. könnte er seine Zustimmungserklärung wegen Irrtums über den Inhalt der Erklärung anfechten und so den Mangel im Willen zur Geltung bringen. Man wird sich fragen, was eine derartig verschiedene Behandlung dieser Fälle rechtfertigt. Oder besteht vielleicht doch ein qualitativer Unterschied zwischen einer ausdrücklichen und einer stillschweigenden We.?

Oertmann, dem dasselbe Problem im Rahmen des § 362 HGB begegnet ist, versucht nach dieser Richtung hin zu entscheiden. Er meint, daß bei § 362 eine ausdrückliche Antwort des Angebotsempfängers erwartet und vom Gesetz sogar verlangt werde. „Sein Schweigen ist also objektiv eine Pflichtverletzung, und das damit verbundene Risiko muß er sinngemäß selbst tragen.“ [112]) Wenn der Angebotsempfänger sich nicht ausdrücklich erklärt hat, ist nach Oertmann jegliche Anfechtung ausgeschlossen. Mit Recht hat Krause hiergegen geltend gemacht, daß das Gesetz nur eine Pflicht zur Antwort kenne, nicht aber eine Pflicht zu ausdrücklicher Antwort.[113]) Zwar ist nicht zu leugnen, daß ein gewisser rechtspolitischer Grund vorhanden ist, der eine Behandlung des Schweigens auf ein B. Schr. in der von Oertmann vorgeschlagenen Weise rechtfertigen könnte. Der Absender des Schreibens erwartet nicht nur im Interesse einer baldigen Erfüllung, daß überhaupt zu dem Schreiben Stellung genommen wird, sondern daß auch bald Stellung genommen wird. Dazu ist am besten eine ausdrückliche Antwort dienlich. Immerhin nötigt das nicht, dem Empfänger eine Pflicht zur ausdrücklichen Antwort aufzuerlegen. Wohl

112) Oertmnnn, Zentralblatt f. H. R. I, S. 10 ff.
113) Krause, S. 135 ff.

muß dieser das Schreiben lesen, sich entscheiden und zuletzt die Stellungnahme auch dem Gegner offenbar werden lassen.[115]) Wie sich jedoch die Uebermittlung der eignen Ansicht über den Inhalt des Schreibens vollziehen muß, ist nicht vorgeschrieben, weder vom Gesetz, noch von der Verkehrssitte. Also dürfte es gleichgültig sein, ob der Empfänger dem Gegner ausdrücklich oder durch Stillschweigen die Zustimmung erklärt. Der von Oertmann aufgezeigte Weg ist deshalb nicht gangbar.

Krause hat zu dem Problem der Anfechtung eine andere Fragestellung gefunden.[116]) Er erwägt, davon ausgehend, daß typische Erklärungsakte nicht angefochten werden können, ob etwa irgendwo eine Grenze sei, über die hinaus die typisierende Kraft der Verkehrssitte nicht reiche. Insbesondere wird er hierzu bewogen, weil im kaufmännischen Leben das Schweigen in Unkenntnis von Zugang und Inhalt des B. Schr. die Ausnahme darstellt. „Durchweg erfolgt das Schweigen in dem klaren Bewußtsein, dadurch eine Zustimmung auszudrücken.“ [117]) Krause kommt zu dem Ergebnis, daß die typisierende Kraft der Verkehrssitte nach zwei Seiten hin ihre Grenzen habe. Zunächst wirke sie dann nicht, wenn der Empfänger eines B. Schr. von dessen Zugang unverschuldet keine Kenntnis erlangt habe. In diesem Falle könne das Schweigen wegen fehlender Schuld nicht als Annahme gelten. Hier bedürfe es keiner Anfechtung. Soweit das Schweigen jedoch als Annahme gelte, versage infolge der Typisierung lediglich der Einwand, es hätte nichts erklärt werden sollen oder der äußere Tatbestand des Schweigens habe aus irgendwelchen Gründen überhaupt keinen Erklärungswert hervorgerufen. „Die normierende Kraft ersetzt also den hier als Schlüssigkeitsbewußtsein auftretenden Erklärungswillen und die Deutbarkeit des Verhaltens im Sinne einer Annahme, soweit beides im Einzelfalle fehlt.“ [117]) Wegen derartiger Mängel des Tatbestandes sei Anfechtung niemals möglich. Aus allen anderen Gründen könne aber das Schweigen — soweit es als Annahme gilt — angefochten werden, insbesondere wegen eines Irrtumes über den Inhalt des B. Schr. Also hört nach Krause die typisierende Kraft der Verkehrssitte auch da auf, wo der Empfänger infolge eines Irrtumes schweigt, sodaß er in diesem Falle trotz Anerkennung der Lehre von der typisierten Erklärung die Anfechtbarkeit des Schweigens bejahen kann.

Krause begründet im einzelnen seine Lehre folgendermaßen: Die Typisierung beruhe auf der Verkehrssitte. Sie habe ihren rechtspolitischen Grund in angestrebter Rechtssicherheit und zugleich in einem Schutzbedürfnis des Absenders. Diesen Bedürfnissen sei schon dadurch Genüge getan, daß durch die Typisierung eine Nicht-We. der echten We. angeglichen und dadurch ein an sich rechtlich mangelhafter Vorgang in seinen Wirkungen einer We. wertgleich gestaltet werde.[118]) Es fehle also jeglicher Anhalt

114) Vgl. oben, S. 45 ff.
115) Krause, S. 134.
116) Krause, S. 137.
117) Krause, a. a. O.
118) Krause, S. 134.

dafür, daß die Verkehrssitte mittels ihrer Typik auch über jene rechtspolitische Aufgabe hinausgreifend der echten stillschweigenden We. ihre Wirkung nehme. Solange nicht ein rechtspolitischer Grund nachgewiesen werde, der die Verdrängung der echten stillschweigenden We. rechtfertigt, müsse der Grundsatz der Privatautonomie maßgebend bleiben. Ein von dem Inhalt der echten Zustimmungserklärung abweichender Rechtsfolgewillen müsse daher im Wege der Irrtumsanfechtung seine Berücksichtigung finden können.

Diese Stellungnahme Krauses unterliegt erheblichen Bedenken. Zunächst fällt auf, daß Krause seine Lehre an einer Stelle sehr mißverständlich darstellt. „Soweit Schweigen als Annahme g i l t, kann es dagegen aus allen anderen Gründen angefochten werden, insbesondere also wegen Irrtums über den Best. Inhalt." — Die Formulierung „gilt" kennzeichnet stets einen gesetzlichen Typisierungstatbestand, z. B. in den §§ 108, II; 416, I; 516, II; 496, S. 2; 1396 II BGB; §§ 50; 60, II; 85; 362 HGB usw. Eine Typisierung unterliegt aber grundsätzlich nicht der Anfechtung.[119]) Zweifellos will Krause sagen: Sobald das Schweigen als vorsätzliche echte We. auftritt, d. h. zum Zwecke der Kundgabe des Zustimmungswillens, kann ein Mangel des Willens im Wege der Anfechtung geltend gemacht werden.

Aber gerade diese Ansicht hält einer kritischen Würdigung nicht stand. Wenn man von der Grundlage der legalen Typisierung ausgeht, z. B. von § 108, II BGB, so zeigt sich, daß die legale Folge der „Verweigerung" auch dann unanfechtbar eintritt, wenn der gesetzliche Vertreter durch sein Schweigen die Zustimmung ausdrücken wollte. Diese Gruppe von Fällen beweist deutlich, daß das gesetzlich typisierte Schweigen durch den konkreten Kundgebungswillen des Schweigenden noch nicht von der typischen Grundlage abgehoben wird. Die Typisierung würde, wenn es stets noch auf die Frage ankäme, ob bei dem Schweigenden Kundgebungsabsicht vorliege, um ihre eigentliche Bedeutung gebracht sein. Außerdem ist doch die Frage nach einem Kundgebungswillen des Schweigenden etwas der Typik kaum Erfaßbares, da durch die Typik gerade die Zweifelsfrage nach dem Vorliegen von Kundgebungs- und Rechtsfolgewillen des Gegners vermieden werden soll. Es soll nicht erst in die Auslegung des Verhaltens gemäß § 133 eingetreten werden. Statt dessen wird die Rechtsfolge eindeutig legalisiert. Würde die Krausesche Lehre anerkannt, so wäre das Durchgreifen der Typisierung abhängig gemacht von inneren, dem Gegner im Regelfalle nicht erkennbaren Umständen. Dies wäre mit dem Wesen der Typisierung nicht vereinbar, die dem Schutze und der zweifelsfreien Orientierung des Gegners dient.

Ebenso sind die Interessen gelagert bei der verkehrsmäßigen Typisierung im Falle des B. Schr. Auch hier wäre es unzuträglich, wenn der Absender des Schreibens, zu dessen Gunsten die Typisierung erfolgt, stets die Prüfung nach eventueller Kundgebungsabsicht anstellen und immer noch mit

119) Nur ein Fall ist auszunehmen, nämlich die Erbschaftsannahme durch Fristablauf (1943), die gemäß § 1956 ausdrücklich für anfechtbar erklärt ist.

der Möglichkeit einer Anfechtung wegen Irrtums rechnen müßte. Der Empfänger des V. Schr. ist durch den Einbau der Schuld in die Voraussetzungen der Typik genügend geschützt. Liegen alle Voraussetzungen, also auch Schuld vor, so ist die Rechtsfolge der Zustimmung endgültig und unabänderlich festgelegt.

Damit soll jedoch nicht gesagt sein, daß Anfechtung nur zulässig sei bei ausdrücklichen Zustimmungserklärungen, nicht aber bei Zustimmung durch Schweigen, weil hier die Partei infolge der Typik endgültig festgelegt werde. Zu diesem bisher kaum geprüften Problem soll hier nur Folgendes ausgeführt werden. Die Tatsache eines Kundgebungswillens allein darf dem Eintritt der Typisierung nicht im Wege stehen. Damit wird das Schweigen noch nicht von der typischen Grundlage abgehoben und in das Gebiet der We. verwiesen.[120] Wohl aber geschieht dies, wenn die Kundgebungsabsicht dem Gegner erkennbar ist. Das ist zunächst der Fall bei ausdrücklicher Zustimmung. Hier ist der Gegner darüber aufgeklärt, daß ein atypischer Weg beschritten wird und Typisierung nicht eintreten soll. Ebenso ist zu entscheiden bei der Zustimmung durch Schweigen als echter Willenserklärung. Wenn dem Absender aus dem Schweigen der Kundgebungswillen des Schweigenden in concreto offenbar wird, hat damit der Schweigende den atypischen Weg betreten. Dann ist das Schweigen eindeutig und unterliegt nicht den Zweifeln, ob es entweder vorsätzlich als We. oder als Passivität des Gegners erfolgt. Ist dies der Fall, so kann und muß der V. Empfänger wegen seines wirklichen Willens geschützt werden. Anfechtung ist zuzulassen. Die Typisierung behält also immer nur dispositive Natur. Sie kann durch entgegenstehende Willenserklärung aufgehoben werden. Dazu gehört aber, daß dem Absender der abweichende Kundgebungswillen des Schweigenden klar gemacht wird. Dadurch wird die Typik verdrängt, und es erfolgt Zurechnung des verursachten Erklärungswertes nach den Grundsätzen über die We. unter Wahrung der Anfechtungsmöglichkeit wegen Irrtums über den V. Inhalt.

Festzuhalten ist, daß im Regelfalle das Schweigen allein eine atypische Kundgebungsabsicht nicht erkennbar macht. Darin liegt hier eben die legale Typik. Es müssen immer noch weitere schlüssige Umstände hinzutreten, um sie aufzuheben. Man denke etwa an folgendes Beispiel: „Ein Kaufmann schickt seinem Gegner durch einen Laufjungen ein V. Schr. zu mit dem Auftrage, so lange zu warten, bis der Gegner das Schreiben gelesen habe. Mündlich oder schriftlich erhobenen Widerspruch solle er ihm übermitteln. Der Laufjunge überbringt das Schreiben und erklärt, daß er einen Widerspruch abwarten solle. Der Empfänger liest das Schreiben gründlich und bekommt den Eindruck, daß es mit dem vorher Vereinbarten identisch sei. Er sagt deshalb zu dem Jungen, daß er gehen könne. Später stellt sich heraus, daß sich der Empfänger über den V. Inhalt geirrt hat." In diesem Falle verbindet sich mit dem Schweigen eine Aufklärung des Absenders darüber, daß der Empfänger

---

120) vgl. oben S. 52.

mit seinem Schweigen tatsächlich dem B. Inhalt zustimmen wollte. Zweifel über die rechtliche Bedeutung des Schweigens werden ausgeschlossen. Hier kann also eine Typisierung des Schweigens nicht Platz greifen, weil dem Erklärungsgegner die Eigenschaft des Schweigens als einer echten stillschweigenden We. erkennbar gemacht wurde. Aus diesem Grunde könnte hier der Schweigende seine stillschweigende Zustimmungserklärung wegen Irrtums über den B. Inhalt anfechten gemäß den oben entwickelten Grundsätzen.

Das Schweigen auf ein zugegangenes B. Schr. kann also wegen Irrtums über den B. Inhalt nur dann angefochten werden, wenn das Schweigen selbst klarstellt, daß es seitens des Empfängers absichtlich zum Zwecke der Kundgabe des Zustimmungswillens geschah. Bleibt jedoch — vom Standpunkt des Absenders aus gesehen — unaufgeklärt, ob der Empfänger mit Kundgebungs- und Rechtsfolgewillen schwieg, so greift die typisierende und normierende Wirkung der Verkehrssitte ein, vorausgesetzt, daß Schuld des Empfängers gegeben ist. Alsdann werden die Parteien endgültig und unabänderlich an den Inhalt des B. Schr. gebunden.

§ 17.

Bisher war die Frage der Anfechtbarkeit nur hinsichtlich des B. Vertrages aufgeworfen worden. Zu prüfen bleibt aber, ob nach erfolgter Bestätigung auch noch Willensmängel des zugrundeliegenden Vertrages von Bedeutung sind. Kann etwa wegen solcher Fehler der ursprüngliche Vertrag angefochten werden, sodaß damit auch der B. Vertrag hinfällig wird? Folgender Sachverhalt, in dem diese Probleme auftauchten, lag einmal dem RG zur Entscheidung vor:[121])

Der Vertreter einer Verkaufsfirma hatte unter arglistiger Täuschung der Käuferin einen Vertrag zum Abschluß gebracht und den unrichtig ausgefüllten Bestellschein seinem Geschäftshause übermittelt. Ein Organ der Verkaufsfirma, einer G. m. b. H., welches die Machenschaften des Vertreters nicht ahnte, bestätigte den Vertrag nach Maßgabe des Bestellscheines, worauf die Käuferin schwieg. Dieselbe wurde daraufhin im Klagewege gemäß dem B. Inhalte in Anspruch genommen. Im Rechtsstreite versuchte jetzt die Käuferin, ihre ursprüngliche Bestellung wegen arglistiger Täuschung anzufechten, um sich dadurch der rechtserzeugenden Wirkung der Bestätigung zu entziehen. Das RG wies jedoch die Anfechtung zurück. In den Entscheidungsgründen wird zunächst erwogen, ob sich die Klägerin bei Absendung des B. Schr. nicht in gutem Glauben befunden habe, weil es bei Schlechtgläubigkeit des Absenders Treu und Glauben widerspreche, „ihr auf Grund des Schweigens des Gegners Rechts zuzubilligen." Es ist durchaus zutreffend, daß diese Frage vor allen juristischen Erörterungen angeschnitten wird. Ist der Absender selbst arglistig, so kann er niemals auf Grund des Schweigens Rechtsvorteile für sich beanspruchen. Dann besteht, wie an anderer Stelle bereits be-

121) RG. 129, S. 347 ff.

tont wurde[122]), überhaupt nicht die Verkehrssitte, das Schweigen als Zustimmung zu werten. Bei solcher Sachlage ist auch nicht eine Anfechtung, sondern allein die Arglisteinrede am Platze.[123]) Das RG verneinte damals eine Arglist der bestätigenden G. m. b. H. — wenngleich auch ein Vertreter der Firma die Täuschung verübte — weil ein anderes Organ die Bestätigung vorgenommen habe und diesem Organ das Verhalten des Vertreters unbekannt geblieben war. Es geht damit von dem Satze aus, daß die Frage der Gut- oder Schlechtgläubigkeit nur aus der Person des Bestätigenden zu entscheiden sei.[124]) Bezüglich der Anfechtung des ursprünglichen Vertrages nimmt dann das RG wie folgt Stellung: „Sieht man von der Möglichkeit arglistigen Verhaltens bei Versendung des B. Schr. ab, so kann die Beklagte, nachdem sie das Schreiben widerspruchslos hingenommen hatte, auf den Willensfehler des Irrtums bei der Bestellungsverhandlung nicht mehr zurückgreifen, um damit die Anfechtung des Vertrages zu begründen. Die Bekl. mußte dem B. Schr. widersprechen, wenn sie sich nicht nach kaufmännischer Gepflogenheit als zustimmend behandelt wissen wollte. Die Folgen einer in dieser Hinsicht vorgekommenen Sorgfaltsversäumnis und eines infolgedessen bestehen gebliebenen Irrtums über den Vertragsinhalt muß sie auf sich nehmen. Ein bei den vorgehenden Verhandlungen unterlaufener Irrtum ist nach widerspruchsloser Hinnahme des B. Schr. ohne Bedeutung, da er zu den neuerlichen Vertragserklärungen der Parteien nicht in Beziehung steht." Mit Recht hat diese Entscheidung in diesem Punkte volle Anerkennung gefunden[125]), da sie auch der praktischen Bedeutung des B. Schr. gerecht wird. Das Schreiben dient dem Zwecke, dem Gegner die eigne Auffassung vom Vertragsinhalte kenntlich zu machen, damit alle noch bestehenden Zweifel und Meinungsverschiedenheiten beseitigt werden können. Und nach beiderseitigem Einverständnis soll das Schreiben eine Urkunde mit unumstößlicher Beweiskraft werden, d. h. zur alleinigen Grundlage der Vertragserfüllung. Da ist selbstverständlich, daß nach Zustimmung des Empfängers — gleichgültig ob sie gewollt war oder durch die Verkehrssitte normiert wurde — ursprüngliche Willensmängel nicht mehr ins Gewicht fallen. Sie werden durch die bindende Bestätigung geheilt.

Klausing erwägt, ob diese Wirkung mit einer Hilfskonstruktion zu erklären sei.[126]) Wer auf ein B. Schr. schweige, verzichte stillschweigend auf das Anfechtungsrecht, wenn nicht eine besondere Arglist des Absenders vorliege. U. E. ist eine derartige Konstruktion sehr bedenklich, da sie leicht zu Unterstellungen führen kann. Andererseits bedarf man ihrer gar nicht, da sich diese „heilende" Wirkung des B. Schr. aus dessen

122) vgl. oben S. 10, 22.
123) Zustimmend Siller, JW. 1931, S. 3082/83.
124) Staub-Pinner-Bondi, Anhang zu § 372, Anm. 38a; vgl. auch Siller a. a. O.
125) Siller a. a. O.; Klausing, JW. 1930, S. 3758.
126) Klausing a. a. O.

Wesen ergibt. — Gegen die genannte Entscheidung hat nur Leo Bedenken geltend gemacht. Er meint, daß der Ausschluß der Anfechtung des ursprünglichen Vertrages zu unbilligen Härten führe, z. B. dann, wenn der B. Empfänger sich über einen Punkt des von ihm durchgelesenen B. Schr. geirrt habe.[127]) Derartige Bedenken sind völlig unangebracht. Leo verwechselt nämlich Anfechtung des ursprünglichen Vertrages mit der Anfechtung des B. Vertrages. Wenn gesagt wird, daß nach erfolgter Bestätigung eine Anfechtung des ursprünglichen Vertrages wegen etwaiger Willensmängel nicht mehr möglich ist, so ist nicht das letzte Wort darüber gesprochen, ob der Empfänger auch wirklich den B. Inhalt gegen sich gelten lassen muß. Von der in dem reichsgerichtlichen Urteil beantworteten Frage ist ganz unabhängig, ob nicht seinerseits die Zustimmung zu dem B. Schr. wegen Willensmängeln angefochten werden kann, sofern eine We. vorliegt. Gerade in dem von Leo gegebenen Beispiel wäre eine Anfechtbarkeit des Schweigens zu bejahen, weil nach Durchsicht des Schreibens das bewußte Schweigen eine echte stillschweigende We. darstellt und weil der Empfänger infolge des Irrtums über den B. Inhalt auch über den Inhalt seiner Zustimmungserklärung irrt.[128])

Abschließend sei noch eine interessante Erscheinung festgestellt. Oben wurde bemerkt, daß das B. Schr. mit dem Begriffe der Bestätigungen, wie sie der Sprache der Zivilgesetze geläufig sind, nichts gemein hat.[129]) Die in dem Gesetz vorkommenden Arten von Bestätigungen zeichnen sich dadurch aus, daß durch sie ein nichtiges, anfechtbares oder zustimmungsbedürftiges R. Gesch. voll wirksam wird. Um denselben Vorgang handelt es sich aber auch in unserem Falle, wenn durch die beiderseitigen Bestätigung (B. Vertrag) die Anfechtbarkeit des zugrundeliegenden Vertrages behoben wird. In diesem einzigen Punkte besteht eine Beziehung zu dem Begriffe einer Bestätigung im gesetzestechnischen Sinne.

127) Leo, JW. 1931, S. 3602.
128) Vgl. oben S. 50.
129) Vgl. oben S. 1.

F) Das unechte Bestätigungsschreiben in seiner Wirkung zum Vertragsschluß.

§ 18.

Unter unechten B. Schr. verstanden wir oben solche Schreiben, die ein Kaufmann vor Abschluß eines Vertrages seinem Kontrahenten zuschickt. Welche verschiedenen Arten derartiger Schreiben im kaufmännischen Leben vorkommen, wurde bereits dargestellt.[1]) Sie alle haben gemeinsam, daß sie zu einem vom Absender gewollten Vertragsschluß führen sollen. Ihre rechtliche Bedeutung kann jedoch sehr verschiedentlich sein. Meistens werden sich solche Schreiben als Anträge zu einem vom Versender beabsichtigten Vertrage erweisen. Wenn zwischen den Parteien lediglich Vorverhandlungen stattgefunden haben, und die eine Partei übermittelt der anderen noch einmal in einem B. Schr. die Bedingungen, unter denen sie den Vertrag abschließen will, so handelt es sich um nichts anderes, als um einen Vertragsantrag im Sinne der §§ 145 ff. BGB.[2]) Eine solche Offerte ist grundsätzlich nach den gewöhnlichen Regeln des Bürgerlichen Rechts zu beurteilen. Sie muß entweder innerhalb einer im Schreiben vermerkten Frist angenommen werden oder — wenn keine Frist für die Annahme gegeben wurde — bis zu dem Zeitpunkt, in welchem der Absender eine Antwort erwarten darf, §§ 147, Abs. 2 BGB.[3]) Ueblich ist auch, daß ein solcher Antrag gemäß § 151 BGB angenommen wird. Besonders häufig wird sich eine Annahme in dieser Weise bei solchen Kaufleuten vollziehen, die dauernd in Geschäftsverbindung stehen. Eine Vertragsofferte liegt auch dann vor, wenn ein vermeintlich abgeschlossener Vertrag infolge Dissenses gemäß den §§ 154, 155 BGB ungeschlossen blieb, aber dennoch von einer Seite bestätigt wird. In diesem Falle ist erst nach Zustimmung des Empfängers zu der B. Offerte ein Vertrag zum Abschluß gebracht worden. Hier zielt das Schreiben auf eine Bestätigung im Sinne des § 141 BGB ab, da der ursprüngliche Vertrag nichtig war. Die Vertragsbeziehungen beginnen also erst mit der erneuten Vornahme durch das B. Schr. Weil aber durch dies Schreiben und die Zustimmung hierzu das ursprüngliche Geschäft ausdrücklich bestätigt wird, sind nach § 144, II die Parteien im Zweifel verpflichtet, dasjenige zu gewähren, was sie haben würden, wenn das Geschäft von Anfang an gültig gewesen wäre.

---

1) Vgl. oben, S. 4 ff.

2) Dür.-Hachb., § 346, Anm. 13; Staudinger-R., § 146, Anm. 3; Staub-Pinner, Anhang zu § 372, Anm. 38; Jadesohn, Dtsche. Wirtsch. Zeitg. 1927, S. 351.

3) Jadesohn a. a. O.

Ein B. Schr. kann sich aber auch als Annahme einer zugegangenen Vertragsofferte herausstellen. Das ist dann der Fall, wenn einer Partei ein schriftlicher Antrag zuging. Dieselbe „bestätigt" hierauf unter Wiederholung der vom Gegner gemachten Bedingungen das Angebot.[4]) Enthält allerdings das Schreiben Abweichungen von dem Angebot, so kann es nicht als Annahme der Offerte gelten. Vielmehr ist es als neuer Antrag im Sinne des § 150, I anzusehen.[5])

Schließlich kann ein unechtes B. Schr. rechtlich die Genehmigung eines durch vollmachtlosen Vertreter abgeschlossenen Vertrages darstellen (§ 177 BGB), z. B. wenn ein Reisender nur zur Vermittlung eines Geschäftes Vollmacht hatte, aber das Geschäft sofort im Namen seines Handelshauses zum Abschluß bringt.

Es ist daran festzuhalten, daß für alle Schreiben dieser Art keinerlei Besonderheiten gelten.

§ 19.

Wenn aber für solche unechten B. Schr. die Vorschriften des bürgerlichen Rechts uneingeschränkt gelten würden, würde das bedeuten, daß das Schweigen auf B. Schr. nicht die Bedeutung der Zustimmung hat.[6]) Im BGB gilt nach Maßgabe des § 147, Abs. 2, der Grundsatz, daß das Schweigen als Ablehnung zu gelten hat, weil nach Verstreichen der für die Annahme erforderlichen Frist der Antrag seine Wirkung verliert. Dieser Satz gilt in derselben Weise auch im Handelsrecht. Eine allgemein gültige verkehrsmäßige Norm, daß Schweigen als Zustimmung gilt, läßt sich auch im Handelsrecht nicht nachweisen.[7]) Nur Gesetz und Verkehrssitte machen von diesem Grundsatz ausdrückliche Ausnahmen. Und so gilt auch kraft Verkehrssitte in besonders gelagerten Fällen das Schweigen auf ein zugegangenes unechtes B. Schr. als Zustimmung. Im Schrifttum wird allgemein übersehen, daß es sich hierbei nur um Ausnahmen handelt. Dort wird es so dargestellt, als gelte die Verkehrssitte, Schweigen als Zustimmung zu werten, für alle Schreiben, die man willkürlich unter dem Sammelnamen „B. Schr." zusammenfaßt.[8]) Man behandelt alle B. Schr. gleich. Das ist unrichtig. Bei echten B. Schr. besteht wohl die Regel, daß Schweigen als Zustimmung aufgefaßt werden muß. Soll dieser Satz aber auch auf unechte B. Schr. ausgedehnt werden, so müssen besondere Umstände vorliegen, die eine Erstreckung der Regeln über unechte B. Schr. auf den jeweiligen Fall rechtfertigen.[9]) Bevor hierauf eingegangen werden kann, muß etwas anderes vorausgeschickt werden. Ein Absender eines unechten B. Schr. kann sich niemals auf das Schweigen seines Gegners berufen, wenn er selbst arglistig ist,

---

4) Staub-Pinner, Anh. zu § 372, Anm. 38; Anh. zu § 361, Anm. 39; Staudinger-R., § 146, Anm. 3.
5) Jadesohn a. a. O.
6) Dür.-Hachb., § 346, Anm. 13.
7) Dür.-Hachb., a. a. O.; Heinzheimer, Handelsrecht § 46, S. 107; RG. 3, 64,
8) Staub-Pinner, Anh., § 372, Anm. 38.
9) Dies ist besonders klar und treffend ausgesprochen vom OLG. Königsberg, mitgeteilt in Seuff. Arch. 73, S. 4.

wenn er versucht, sich mittels des Schreibens einen Abschluß zu erschwindeln. Hatte z. B. der B. Empfänger einen mündlich gemachten Antrag deutlich abgelehnt, so kann er wegen seines Schweigens auf die ihm später zugegangene Bestätigung niemals als zustimmend behandelt werden. Es würde gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn dem bösgläubigen Absender auf Grund des Schweigens Rechte zugebilligt würden.[10]) Dem Absender ist dann die Arglisteinrede entgegenzuhalten. Es darf somit nur bei Gutgläubigkeit des Absenders die Prüfung angestellt werden, ob der Empfänger als zustimmend angesehen werden kann. Worin die Gründe hierfür bestehen, soll anhand einiger Entscheidungen der höchsten Gerichte entwickelt werden. Das OLG Königsberg sah in einem Urteil [11]) dann besondere Umstände für gegeben, wenn beide Parteien stillschweigend davon ausgegangen seien, und es den äußeren Anschein gehabt habe, als sei ein Vertrag durch Ferngespräch schon abgeschlossen worden. Das Gericht meint außerdem, daß man vielleicht noch weitergehen und möglicherweise bei einer dauernden regen Geschäftsverbindung zwischen den Parteien die gleiche Entscheidung treffen könne. Ganz ähnlich ist der Standpunkt einer grundsätzlichen Entscheidung des Reichsgericht.[12]) Der Sachverhalt war folgender: Die Parteien hatten telefonisch über einen Vertragsabschluß verhandelt. Hierbei erweckte es für den einen Teil den Anschein, als sei durch das Gespräch ein Abschluß schon getätigt worden, weshalb die Partei in einem Schreiben den Vertragsschluß und seine Bedingungen bestätigte. Der Empfänger schwieg hierauf, da das Schreiben nach seiner Auffassung andere Bedingungen enthielt, als er auf Grund des Gespräches annahm. Das Gericht führte hierzu aus: „Beide Parteien gingen davon aus, und es hatte den äußeren Anschein, daß ein Vertrag bereits abgeschlossen sei. Die Beklagte mußte demnach von ihrem Standpunkt aus in dem Schreiben ein Mißverständnis der Klägerin über den Inhalt des Vertrages erblicken, das auf die Disposition einen nachteiligen Einfluß haben konnte, zumal, wenn sich um eine den Preisschwankungen der Börse ausgesetzte auf weit ausgedehnte Lieferungstermine gekaufte Ware handelte." Mit Recht wird in diesen beiden Entscheidungen besonderer Wert darauf gelegt, daß die absendende Partei in dem guten Glauben ist, ein Vertrag sei schon zum Abschluß gebracht worden. Wenn in einem B. Briefe diese Auffassung eindeutig zum Ausdruck kommt, entspricht es den Erfordernissen von Treu und Glauben, daß der Empfänger die absendende Partei über ihren Irrtum aufklärt. Die Pflicht zum Widerspruch ergibt sich auch hier rein verkehrsmäßig.[13]) Sofern nun diese Pflicht zum Widerspruch verletzt wird, muß in dem Schweigen Zustimmung zu dem Antrag gesehen werden. Rechtlich ist nämlich hier das B. Schr. eine Vertragsofferte, da ein Vertragsschluß ja nur irrtümlich angenommen wurde. Auch in diesem Falle handelt es sich, wenn das Schweigen als Zustim-

---

10) Enneccerus-Nipperdey, § 144, II b, Anm. 8; Seuff. Arch., 73, S. 3.
11) OLG. Königsberg, Seuff. Arch., 73, S. 4.
12) RG. in JW. 1910, S. 649, Nr. 5.
13) Vgl. oben, S. 44 ff.

mung gilt, um einen typischen Erklärungsakt in dem oben entwickelten Sinne.[14]) Allerdings müssen wir die typisierende und normierende Kraft der Verkehrssitte in dem Falle verneinen, wenn das Unterlassen der Aufklärung über den Irrtum nicht schuldhaft erfolgte. Die Lehren über den typischen Erklärungsakt, wie sie oben dargestellt wurden, müssen sinngemäß Anwendung finden.[15])

Wie ist nun zu entscheiden, wenn die absendende Partei genau weiß, daß ein Vertragsschluß bisher nicht erfolgte? Dann verfolgt das Schreiben den Zweck, dem Gegner die Bereitwilligkeit zum Abschluß eines Vertrages, gemäß den Bedingungen des Schreibens zum Ausdruck zu bringen. Auch hier handelt es sich um eine Vertragsofferte. Es ist ganz selbstverständlich, daß bei solchen Fällen grundsätzlich Schweigen nicht als Zustimmung gelten kann. Andernfalls könnte ganz beliebig eine Partei in einen Vertrag verwickelt werden, den sie nicht im geringsten beabsichtigte. Immerhin macht die Rechtssprechungg von diesem Grundsatz berechtigte Ausnahmen. Sie läßt das Schweigen eines Empfängers auf solche Schreiben dann als Annahme der Offerte gelten, wenn der Absender eine berechtigte Hoffnung auf den Abschluß eines Vertrages hatte, und eine genügende Verhandlungsbasis gegeben war, auf die sich eine derartige Hoffnung nach Treu und Glauben gründen kann. Als Hauptfall ist wohl der zu nennen, daß zwei Kaufleute in einer dauernden regen Geschäftsverbindung stehen und gewöhnlich ihre Verträge durch Wechseln schriftlicher Anträge zu schließen pflegen.[16]) Eine interessante Entscheidung des Reichsgerichts ist noch erwähnenswert.[17]) Es hatten nur Vorverhandlungen stattgefunden bezüglich eines Kaufvertrages, der auf Lieferung kleiner Spezialschlösser lautete. Die Herstellerin, zugleich Verkäuferin, stellte nach Vorgang der mündlichen Verhandlungen ihre Vertragsofferte noch einmal schriftlich in einem „Bestätigungsschreiben". Das Reichsgericht sah in dem Schweigen der Empfängerin auf dieses Schreiben die Annahme der Vertragsofferte. Sie kam zu dieser Entscheidung aus folgenden Gründen: Die Empfängerin habe gewußt, daß die Klägerin im Falle ihres Schweigens alle Enrichtungen zur Herstellung dieser Schlösser treffen werde. Diese Vorkehrungen seien sehr kostspielig. Da entspreche es Treu und Glauben, das klägerische Schreiben zu beantworten, wenn sie der Offerte nicht habe zustimmen wollen. Da dies nicht geschehen sei, müsse sie als zustimmend behandelt werden, ohne Rücksicht auf ihren Zustimmungswillen. Dieses Urteil verdient völlige Billigung, denn auch hier bestand eine verkehrsmäßige Pflicht zur Antwort. Da die Empfängerin diese Pflicht verletzt hat, und sich auch bezüglich der Unterlassung der Antwort nicht entschuldigen kann, greift mit Recht die typisierende Kraft der Verkehrssitte ein, um das Schweigen als endgültige Zustimmung zu normieren.

---

14) Vgl. oben, S. 39 ff.
15) Vgl. oben. S. 45, 65 ff.
16) Seuff. Arch. 73, S. 4.
17) RG. in JW. 1903, S. 102, Nr. 18.

Damit kommen wir zu folgendem Ergebnis: Bei unechten B. Schr. kann das Schweigen nur dann eine Zustimmung bedeuten, wenn dem Empfänger nach Treu und Glauben eine Pflicht zur Antwort oblag. Eine derartige Pflicht zur Beantwortung des B. Schr. ist nur in vereinzelten Fällen gegeben, namentlich dann, wenn ein besonderer Schutz des Absenders billig ist. Dies trifft zu, wenn die absendende Partei irrtümlich einen Vertragsschluß annahm oder wenn sie mit dem Gegner schon lange in Geschäftsverbindung stand, aber ebenfalls dann, wenn sie für die Erfüllung des in Aussicht stehenden Vertrages schon kostspielige Vorkehrungen traf und die Empfängerin hierüber unterrichtet war. Damit sind allerdings nur einige Beispiele genannt. Eine abschließende Aufstellung der Fälle, in denen Schweigen auf ein unechtes B. Schr. als Zustimmung gelten kann, läßt sich nicht geben, da von Fall zu Fall festgestellt werden muß, ob der Empfänger verkehrsmäßig zum Widerspruch verpflichtet ist.

Lebenslauf.

Am 2. August 1909 wurde ich in Frielendorf, Bez. Kassel, als Sohn des Volksschullehrers Fritz Weidner und dessen Ehefrau Anna, geb. Blettner geboren. Seit Ostern 1915 bis Ostern 1920 besuchte ich die Volksschule in Dillich, Bez. Kassel. Danach schickten mich meine Eltern in die höhere Schule. Ich besuchte zunächst ein Jahr lang die Adlerflycht-Realschule in Frankfurt-Main, danach ebenfalls für die Dauer eines Jahres die Rektoratschule in Fritzlar und dann bis zur Reifeprüfung die August Vilmarschule (Aufbauschule) in Homberg, Bez. Kassel. Die Reifeprüfung bestand ich im März 1929. Ich widmete mich darauf dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften. Ich besuchte die Universitäten Greifswald, Frankfurt am Main und Marburg. Nach siebensemestrigem Studium bestand ich im Mai 1933 am Oberlandesgericht in Kassel die erste juristische Staatsprüfung mit dem Prädikat Gut. Seit dem 1. August 1933 bin ich dem Amtsgericht Borken, Bez. Kassel, zur weiteren juristischen Ausbildung überwiesen.

An dieser Stelle danke ich meinem hochverehrten Lehrer Geheimrat Prof. Dr. Manigk für die Anregung zu der vorliegenden Darstellung und die mir hierbei gewährte Unterstützung.